Das Wesen der condictio im römischen und heutigen bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

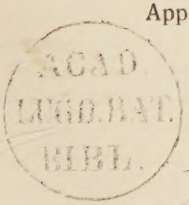
der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Siegfried Wolffenstein
aus Friedeberg N.-M.
Referendar in Berlin.

Approbiert am 8. Oktober 1906.



Berlin.
E. Ebering, G. m. b. H.
1906.

Referent: Univ.-Professor Dr. **Binder.**

Literaturverzeichnis.

Anger, Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess. Bd. 7.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 1879.

Baron, Condictionen. 1881.

Behrendt, Zur Lehre von der condictio causa data causa non secuta. Erlanger Dissertation. 1896.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. 1871 ff.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2. 1889.

Bekker, Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Bd. 4.

Bolze, Zur Lehre von den Condictionen, im Archiv für civil. Praxis. Bd. 78.

Bolze, Einige Quellenstellen zur Lehre von den Condictionen, im Archiv für civil. Praxis. Bd. 79.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1879.

Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. 1899.

Corpus juris civilis, ed. Krüger, Mommsen, Schöll.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Daus, Der Irrtum im Motiv als Tatbestand einer Gruppe von Bereicherungsklagen. Leipziger Dissertation. 1904.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. II, 2, 3. Aufl. 1906.

Donellus, Commentarii juris civilis, lib. 13.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Erxleben, Condictio indebiti. 1850.

Erxleben, Condictio causa data non secuta. 1853.

Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, in Leonhards Studien, Heft 7.

Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. 1889.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 13, Abtlg. 1. 1811.

Haas, Die condictio indebiti nach gemeinem Recht und BGB. Rostocker Dissertation. 1901.

Hartmann, Der Bereicherungsanspruch des BGB., im Archiv für bürgerliches Recht, Band 21.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hesse, Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts. 1868.

Jacobi, Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines andern und seine Bedeutung auf dem Gebiete des Eigentums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte, in Iherings Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 4.

Jhering, Der Zweck im Recht. 1. Bd. 1893.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. 1902.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen. 1877.

Kiesselbach, Zur Lehre von der condictio sine causa, in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 5.

Kindel, Die Natur der Sach- und Haftklage, insbesondere der Condiction; im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 7.

v. Koschembahr-Lyskowski, Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. Bd. 1. 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1899.

Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, im Archiv für civil. Praxis. Bd. 74.

Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetung; im Archiv für civil. Praxis. Bd. 79.

Lotmar, Ueber causa im römischen Recht. 1875.

Marcuse, Die Rückgewährsverpflichtung bei der condictio wegen Erlöschens des Rechtsgrundes und bei Ausübung des Rücktrittsrechts. Rostocker Dissertation. 1904.

v. Mayr, Die condictio des römischen Privatrechts. 1900.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 1, 2. 1888.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Pavlicek, Ein weiterer Beitrag zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Allgemeine österreichische Gerichtszeitung. 1877. Nr. 55—62.

Pavlicek, Die Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach österreichischem Civilrechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 1878.

Pernice-Labeo, Römisches Privatrecht. Bd. 3, Abteil. 1. 1892.

Pernice, Kritische Vierteljahrsschrift X.

Pernice, Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Bd. 20.
Pfersche, Die Bereicherungsklagen. 1883.
Pickert, Beiträge zur Lehre von der condictio indebiti nach römischem und preussischem Recht. Göttinger Dissertation. 1891.
Planck, Bürgerliches Gsetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl.
Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio. Rostocker rechtswissenschaftliche Studien. Bd. 2, Heft 5. 1904.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. 1898.
Puchta, Pandekten. 1852.
Reinhard, Zur Lehre von der condictio sine causa, in Archiv für civil. Praxis. Bd. 29.
Reininghaus, Der Mangel des rechtlichen Grundes bei den Bereicherungsansprüchen. Rostocker Dissertation. 1904.
Riess. Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten (816 BGB.). Breslau 1902.
v. Savigny. System des heutigen römischen Rechts. 1840—49.
Schollmeyer. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 1887.
Sell. Versuche im Gebiete des Zivilrechts. Teil I, Abt. 1. Ueber den Grundsatz des römischen Rechts, dass niemand mit oder aus dem Schaden eines anderen sich bereichern dürfe. 1833.
Sintenis. Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 1868.
Sohm. Institutionen. 10. Aufl.
Stammler. Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem BGB. 1903.
Staffel. Voraussetzung und Zweck. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd, 13.
Thayssen. Condictio und Bereicherungsanspruch. Göttinger Dissertation. 1905.
Unterholzner. Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. 2. 1840.
Voet. Commentarius ad Pandectas, Tomm. 3.
Voigt. Ueber die condictiones ob causam. 1862.
Wendt. Reurecht und Gebundenheit. 1878.
Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 1900.
Windscheid. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.
Windscheid. Die Voraussetzung; im Arch. für civil. Praxis. Bd. 78.

Witte. Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. 1859.
Witte. Zur Lehre von den Bereicherungsklagen; in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 5.
v. Wolff. Grundsätze des Natur- und Völkerrechts 1754.

A. Vorwort.

§ 1.
Ueber das System dieser Abhandlung.

Von alters her, sowohl in der gemeinrechtlichen wie in der jüngeren Literatur, ist in der juristischen Doktrin um das Wesen der condictio Sreit gewesen, und was in älterer und neuerer Zeit darüber geschrieben worden ist, hat sich zu einer kaum mehr übersehbaren Menge aufgestaut. Dass es durch diesen Jahrhunderte langen Kampf der Meinungen gelungen wäre, das Rechtsinstitut der condictio in unangreifbarer Weise wissenschaftlich klarzulegen, kann aber schlechterdings nicht behauptet werden. Im Gegenteil ist heute in der Wissenschaft die Meinungsverschiedenheit genau noch so rege wie früher, und man vermag schwerlich zu sagen, welche der vielen aufgestellten Theorieen denn nun die herrschende sei, was nicht zuletzt eine Folge des Vielen, Allzuvielen ist, das man über jenes Rechtsinstitut geschrieben hat. Dass sich dieser Eindruck der Verworrenheit dem Beobachter in noch höherem Masse aufdrängt, wenn er die Literatur über die condictio der Quellen durchblättert, als wenn er die wissenschaftlichen Untersuchungen über die immerhin noch junge Regelung des BGB. § 812 ff. überblickt, liegt auf der Hand.

Diese Abhandlung nun hat es sich zur Aufgabe gemacht, zu den verschiedenen Theorieen, wie sie in Bezug auf das Wesen der condictio im römischen

Recht und BGB. aufgestellt worden sind, Stellung zu nehmen und sie auf ihren wissenschaftlichen Wert zu untersuchen. Diese Aufgabe wird jedoch durch die Fülle des Materials an Schwierigkeit zunehmen, und es wird sich die Frage aufdrängen, wie wir ohne Ausseracht lassung von Wichtigem den grossen Stoff möglichst übersichtlich gestalten können. Da scheint es uns im Gegensatz zu Thayssen[1] nicht empfehlenswert zu sein, an einem praktischen Beispiel, d. h. in der Form der Interpretation einer Pandektenstelle, die Theorie der conditio entwickeln zu wollen. Denn einerseits liegt die Gefahr nahe, dass Dinge, welche mit der condictio garnichts zu tun haben, aber als wesentlich für die betreffende Stelle doch ausführliche Berücksichtigung finden müssen, einen unverdient breiten Raum einnehmen[2], andererseits die weitere Gefahr, dass wissenschaftlich wertvolle Monographieen, durch anderes nicht zur Sache Gehöriges verdrängt, nicht zu Worte kommen[3]. Es dünkt uns vielmehr am geratensten und die so notwendige Uebersichtlichkeit am meisten fördernd zu sein, die Literatur, wie sie uns in ihren wichtigsten Bestandteilen vorliegt, einer kritischen Prüfung zu unterziehen und, indem wir das Wertvolle der einzelnen Meinung festhalten, das unseres Erachtens Irrige zu eliminieren. In dieser Weise werden wir allmählich zum richtigen Kern vordringen.

---

1. Thayssen: Condictio und Bereicherungsanspruch, Göttingen 1905.

2. Vgl. z. B. bei Thayssen S. 32ff. die Ausführungen über die rei vindicatio utilis des fullo und S. 42ff. seinen Anspruch aus § 255 BGB.

3. Auch dies ist bei Thayssen der Fall. So vermissen wir z. B. eine Berücksichtigung der Schriften von Pfersche, Reininghaus u. a. (vgl. im Literaturverzeichnis).

B. Abhandlung.

I. Das Wesen der condictio im römischen Recht.

1. Einleitendes.

§ 2.

a. Die geschichtliche Entwicklung der condictio.

Unter den legisactiones des römischen Legisaktionenprozesses findet sich die legisactio per condictionem. Während wir wissen, dass legisactio selber die formelle Behauptung ist, welche mündlich den Vorschriften entsprchend geäussert wird, herrscht über „per condictionem" in diesem Zusammenhange Streit. Nur soviel scheint, obwohl es ebenfalls bestritten ist, sicher, dass der legisactio per condictionem die aussergerichtliche Aufforderung des actor an den reus eigentümlich war, nach Verlauf von 29 Tagen vor dem Prätor ad judicem capiendum zu erscheinen[1]. „Die condictio war in dieser Periode eine Prozessform für Ansprüche stricti juris, welche auf Leistung von certa res oder certa pecunia gingen[2]." Dieselbe Bedeutung kam der condictio auch zur Zeit des Formularprozesses zu; hier ist allerdings eine Eigenschaft der Condiktionsformel zu nennen, welche diese von allen anderen Formeln unterscheidet. Es wird nämlich in ihr nur das Objekt des Anspruchs, nicht aber sein Rechtsgrund genannt; man kann also sagen, die formula condictionis sei abstrakt. Nun ist aber die Bedeutung dieser Abstraktheit bestritten; während nämlich die einen annehmen, dass sie immer vorhanden war und sein musste[3], behaupten die anderen, dass die Angabe der

---

1. Vgl. näher Baron „Condictionen", S. 188, v. Mayr „Die condictio des römischen Privatrechts" S. 17ff.

2. Plessen „Die Grundlagen der modernen condictio" S. 4.

3. Vgl. z. B. Pernice „Kritische Vierteljahrsschrfft" X, S. 78. In diesem Sinne auch Bekker in seinen Aktionen I. S. 102, 111.

causa in der intentio oder wenigstens eine kurze Andeutung derselben erlaubt und gewöhnlich war[4]. Es ginge zu weit, wollten wir uns hier genau über diesen Streit und die beiderseitigen Gründe aussprechen, es möge nur gesagt werden, dass die letztere Ansicht die verbreitetere ist[5]. Es lag an dieser Abstraktheit der Formel, dass „die Frage nach der Existenz eines gesetzlichen Anspruchs nicht so deutlich hervortritt und der Richter bei Beantwortung derselben weniger an sichtbare Schranken gebunden ist[6].“ Daraus hat man es auch erklärt, dass die Kondiktionen zur Realisierung der Bereicherungsansprüche verwandt wurden; denn da bei der condictio die Pflicht des judex, sich nur an das Gesetz zu halten, nicht so bestimmt betont worden sei wie in den anderen Formeln, habe sich der Geschworene zugänglicher gezeigt, Ansprüche, die zwar das Gesetz selber nicht gewährte, die aber doch dem Billigkeitsgefühl entsprachen, anzuerkennen[7].

Wie gesagt, waren condictiones ursprünglich actiones stricti juris, welche deshalb nur auf eine fest bestimmte Leistung gehen konnten. Dieses certum konnte entweder in Geld (condictio certae pecuniae) oder in Getreide (condictio triticaria) bestehen[8].

---

4. Vgl. z. B. Baron „Condictionen“ S. 23.

5. Genaueres hierüber vgl. Pfersche „Die Bereicherungsklage“ S. 6ff.

6. Pfersche a. a. O. S. 18.

7. Vgl. Baron „Condictionen“, S. 7. Diese Schlussfolgerung wird von Pfersche a. a. O. S. 18ff. allerdings bestritten.

8. Sohm „Institutionen“ S. 259 und ihm folgend Thayssen a. a. O. S. 7 nehmen allerdings an, dass die actiones stricti juris auch auf ein incertum gehen könnten, da sie auf die Erfüllung einer „präcis bestimmten Verbindlichkeit“ abzielten; unter dieser habe man sich aber eine solche zu denken, die durch Parteiwillen bestimmbar sei, ohne dass der judex wie bei den bonae

Kiesselbach[9] hat nun, von der condictio ex mutuo als vor einer Klage des strengen Rechts[10] ausgehend, zu entwickeln versucht, wie die condictio, ursprünglich nur zur Durchsetzung eines Anspruchs auf eine bestimmte Wertsumme gewährt, allmählich auch gegeben wurde, eine res corporalis incerta und sogar eine res incorporalis incerta zu erstreiten, und sich schliesslich auch zur condictio non ex contractu ausbildete, um einen grundlosen Vermögenserwerb rückgängig zu machen. Im einzelnen müssen wir uns begnügen, auf Kiesselbachs diesbezügliche Darlegungen zu verweisen[11]. Erwähnt sei nur noch, dass auch Dernburg[12] sich diesen Gedankengang zu eigen macht, wenn er sagt: „Die Condictionen waren ursprünglich nur zur Rückfordeunrg von kontraklich Kreditiertem bestimmt. Aber die Jurisprudenz benutzte sie etwa seit den letzten Jahrhunderten der Republik auch zur Rückforderung dessen, was ausserkontraktlich ungerechtfertigterweise aus fremdem Vermögen erworben war. Hierdurch machte sie diese strikten Klagen dem höchsten Zwecke der Billigkeit dienstbar."

§ 3.

b. Condictio und Eigentumsübergang.

Bevor wir zur eigentlichen Betrachtung des Wesens

---

fidei actiones ex fide bona die der Billigkeit entsprechende Rechtslage nach freiem Ermessen bestimmen könnte. Bei den stricti juris actiones könne aber der Wille der Parteien auch ein incertum zum Gegenstande des Klaganspruchs machen.

9. Kiesselbach, Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 5 S. 15ff.

10. Pernice (Labeo) S. 230 bestreitet übrigens, dass die condictio ex mutuo eine Vertragsklage sei; sie sei vielmehr eine condictio ex injusta causa.

11. Vgl. besonders S. 24ff. a. a. O.

12. Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 374.

der condictio übergehen, wollen wir zu einer Abhandlung Stellung nehmen, die Kindel in dem von Kohler und Ring herausgegebenen Archiv für Bürgerliches Recht hat erscheinen lassen[1].

Die herrschende Meinung hat stets als erstes Prinzip der Kondiktionen gelehrt, dass jede Kondiktion — mit Ausnahme der condictio furtiva — Eigentumsübergang auf den Erwerber voraussetzt, dass eine condictio nur dann gegeben sein kann, wenn der Kondizent Nichteigentümer und der Kondiktionsbeklagte Eigentümer sei.

Diese prinzipale Voraussetzung, in welcher Savigny in seiner allerdings verfehlten Vindikationstheorie sogar die einheitliche Grundlage der Kondiktionen erblickt, indem er nämlich die condictio als dazu bestimmt ansieht, die verloren gegangene rei vindicatio zu ersetzen[2], ist niemals mit Erfolg bestritten worden. Bestimmen doch auch die Quellen ganz unzweideutig: „Et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse[3].“ Gegen diese Pandektentheorie macht Kindel in seinem vorher erwähnten Aufsatz einen kühnen, aber, wie uns scheinen will, missglückten Vorstoss. Während er ohne weiteres für die Vertragskondiktionen zugibt, dass ihre Eigentümlichkeit darin bestehe; „dass sie gleichsam das Eigentum abrufen und so dem Nichteigentümer gegen den Eigentümer gegeben werden[4],“ und dass „eine Konkurrenz mit dem Eigentum und der Sachklage selbstverständlich ausgeschlossen ist[5], greift er die herrschende Lehre, die das-

1. Bd. 7, S. 236ff.: „Die Natur der Sach- und Haftklage, insbesondere der Kondiktion.“

2. Vgl. § 13 dieser Abhandlung.

3. l. 12 i. f. D. 7, 9.

4. Kindel, a. a. O. S. 266.

5. Derselbe, a. a. O. S. 267.

selbe auch bei der traditio ohne Rechtsgrund lehrt, heftig an. Nach ihm soll es vielmehr der Charakter dieser Kondiktionen sein, dass sie den Eigentumsübergang nicht voraussetzen, dass sie dem Eigentümer gegen den Nichteigentümer gewährt werden, sie rufen also im Gegensatz zu den Vertragskondiktionen von dem Empfänger nicht das Eigentum, das er nicht erworben habe, sondern nur den Besitz ab. Nun meint allerdings auch Kindel nicht, der Kondizent könne regelmässig mit der condictio die Sache selbst fordern; dazu sei er vielmehr in der Regel nicht im stande, denn dazu sei die actio in rem da; zurückfordern könne er mit der persönlichen condictio nur die Aestimation der Sache. Sehen wir uns jetzt den Gedankengang an, der Kindel zu diesem Resultate führt.

Er führt aus, wenn man das römische Recht richtig verstehen wolle, müsse man sich an die Basiliken halten; denn die Wahrscheinlichkeit ist grösser, dass die Griechen das römische Recht „richtig verstanden haben als die, dass eine fast vereinzelt dastehende, in neuerer Zeit wieder aufgenommene Auffassung des Accursius den Geist des römischen Rechts erfasst haben sollte[6].“ „Die Griechen aber erklären einstimmig und mit Bestimmtheit, dass es die Natur der Rückforderungskondiktion ist, dass sie dem Eigentümer gegen den Nichteigentümer gegeben werde, und dass der Eigentumübergang von dem Rechtsgrunde abhängt[7].“ Dieser Grundsatz werde so einstimmig vorgetragen, dass kein Zweifel darüber obwalten könne, dass er der ersten Auslegung des römischen Rechts entspreche[8]. Hieraus geht, was Kindel noch durch mehrere Stellen der Basiliken erhärtet, hervor, dass die Griechen der Meinung

6. Derselbe, a. a. O. S. 237, 238.
7. Derselbe, a. a. O. ebenda.
8. Derselbe, a. a. O. S. 269.

waren, dass zu der dinglichen Uebereignung die causa hinzukommen müsse, dass erst durch das Zusammenwirken von causa und traditio die dingliche Wirkung, der Eigentumsübergang, erzeugt werde. Fehlt diese causa zur Zeit der Uebergabe oder falle sie später weg — einer von diesen beiden Fällen muss vorliegen, soll eine condictio sine causa gegeben sein — so geht das Eigentum entweder garnicht über oder es wird mit Wegfall der causa auch die dingliche Wirkung des Uebereignungsgeschäfts aufgehoben; denn bei den kausalen Rechtsgeschäften ist das Bestehen der rechtsgeschäftlichen Wirkung abhängig vom Bestehen der gültigen causa. Daher könne, wenn die Voraussetzungen der condictio sine causa gegeben seien, auf keinen Fall das Eigentum an der Sache bei dem Empfänger sein. Dieselbe Rechtsauffassung, wie sie hier die Basiliken darbieten, werden nun nach Kindel auch die Römer von der Uebereignung als eines von der causa abhängigen Rechtsgeschäfts gehabt haben; denn man könne schliessen, „dass gerade sie das römische Recht als ein noch in der Praxis geltendes vor Augen gehabt haben und ihre Schriften dem praktischen Gebrauch dienen sollten[9].“

Dieser Argumentation vermögen wir uns nicht anzuschliessen. Es will uns weniger bedeuten, dass den Griechen das römische Recht noch als praktisches vor Augen gewesen sei, als dass der scharfe Geist eines Accursius die Rechtsregel für das römische Recht aufgestellt hat. Schliesslich wird bei einer Interpretation doch ihr innerer Wert und nicht die Zeitepoche, in welcher ihr Verfasser lebte, das einzig Ausschlaggebende sein müssen. Aber auch aus dem römischen Recht selber lässt sich der Beweis für die Behauptung

9. Derselbe, a. a. O. S. 237.

Kindels, die mit dem Nachweis der Eigentumsübertragung als eines kausalen Rechtsgeschäfts steht und fällt, nicht erbringen. Denn jene für die Verteidigung der erwähnten Ansicht früher häufig zitierte Stelle[10] „Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur“ vermag u. E. hierfür nichts zu beweisen. Damit soll nur gesagt werden, dass mit der einfachen Uebertragung des Besitzes keineswegs auch die Uebertragung des Eigentums verbunden zu sein braucht, der animus dominii transferendi et acquirendi kann im Gegenteil fehlen und z. B. die Absicht vorhanden sein, die Sache dem Empfänger als pignus zu tradieren. Ebensowenig vermag uns eine andere Stelle[11] zu überzeugen: „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.“ Denn das bedeutet weiter nichts, als dass die Wirkung des Eigentumüberganges nur durch dingliche, nicht durch blosse obligatorische Rechtsakte hervorgebracht werden könne.

Wenn Kindel[12] sagt, es sei unzweifelhaft und auch von Schriftstellern, welche eingehendere Studien über die betreffenden Materien gemacht haben, anerkannt, dass es in den römischen Rechtsquellen keinen Ausspruch gibt, welcher zweifellos die Unabhängigkeit des Eigentumsüberganges von dem Rechtsgrunde und folgeweise die Notwendigkeit des Eigentumsüberganges bei der Rückforderungskondiktion feststellt, so möchten wir ihm auch hier widersprechen und auf folgenden Ausspruch Julians[13] verweisen: „Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus,

10. l. 31 pr. D. 41, 1.
11. l. 20 C. 2, 3.
12. Kindel, a. a. O. S. 237.
13. l. 36 D. 41, 1.

non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.“ Hieraus geht hervor, dass Julian die Eigentumsübertragung als abstrakten Vertrag auffasst; denn er meint, wenn jemand animo donandi einem anderen Geld übergebe und dieser es als Darlehen annehme, so sei trotz der nicht erfogten Einigung über die obligatorische causa das Eigentum auf den Empfänger übergegangen; wenn also beide Teile über die Absicht, Eigentum zu übertragen bez. zu empfangen, einig sind, so ist es gleichgültig ob sich die Einigung der Kontrahenten auch auf den weiteren Zweck der traditio ausdehnt. Im Gegensatz hierzu stellt sich allerdings Ulpian[14] auf den Standpunkt, dass zwischen dem Geldgeber, der animo donandi das Geld übergebe, und dem Nehmer, der es in der Meinung, ein Darlehen zu empfangen, annehme, die dingliche Wirkung des Eigentumsüberganges der nummi in das Vermögen des Empfängers nicht erfolgt sei, weil er „alia opinione acceperit“, d. h. also, er macht den Eintritt des Eigentumsüberganges von der Einigung über die causa traditionis abhängig. Die herrschende Meinung betrachtet den Ausspruch Julians in l. 36 u. E. mit Recht als die für das römische Recht entscheidende Stelle und glaubt, dass in der l. 18 „eine Ausnahme davon oder eine Modifikation des Satzes“[15] enthalten sei; aber auch an zahlreichen Einigungsversuchen hat es nicht gefehlt. Im übrigen sei es verstattet, auf die einschlägige Literatur zu verweisen.[16]

14. l. 18 pr. D. 12, 1.

15. Puchta, Pandekten S. 223 Note h.

Wir müssen also daran festhalten, dass die Eigentumsübertragung des römischen Rechts ein abstrakter Vertrag ist, dass also das Eigentum auch bei nicht erfolgter Einigung über die causa traditionis oder bei späterem Wegfall derselben begründet wird und bestehen bleibt. Damit fällt die Behauptung Kindels,[17] die condictio sei die Klage des Eigentümers gegen den Nichteigentümer, in sich zusammen. Dass die Rechtslage einzig bei der condictio furtiva eine andere ist, haben wir bereits betont.[18]

---

16. Vgl. z. B. Arndts, Pandekten S. 235 und die dort aufgeführte Literatur.

17. Kindel bedauert übrigens — a. a. O. S. 322, Anm. 94 — dass seine sich für ihn ja notwendig aus seiner Konstruktion der Eigentumsübertragung ergebende Meinung, die Eintragung ins Grundbuch sei lediglich eine Verstärkung des aus dem Titel hervorgehenden Rechts, von der herrschenden Pandektentheorie verworfen werde. Wir vermögen dies Bedauern nicht zu teilen. Denn u. E. ist das besonders von Juristen des 16. Jahrhunderts aufgestellte und vom A. L. R. durchgeführte Prinzip, dass für die Eigentumsübertragung das Zusammenwirken eines titulus acquirendi, durch den ein obligatorisches Recht zur Sache für den Erwerber begründet wurde, und eines modus acquirendi, durch den dies jus ad rem zum dinglichen jus in re verstärkt wurde, notwendig sei, weder als richtig noch als wünschenswert anzusehen. Denn während beim originären Erwerb des Eigentums, abgesehen etwa von der usucapio, ein titulus, durch den ein jus ad rem begründet werden sollte, garnicht vorhanden sein kann, existiert beim derivativen Erwerb zwar regelmässig ein titulus, aber ihm ist jeder Einfluss auf die Hervorbringung der dinglichen Wirkung abzusprechen; das obligatorische und das dingliche Geschäft sind zwei durchaus verschiedene rechtliche Vorgänge. Deshalb ist es durchaus erfreulich, dass das BGB. den obligatorischen Vertrag scharf von dem dinglichen gesondert und so das farblose, in der Mitte pendelnde jus ad rem beseitigt hat.

18. Unterholzner, Bd. 2, S. 8 und Sintenis „Civilrecht“ S. 528 weisen allerdings noch auf ähnliche Fälle hin. So spricht letzterer a. a. O. von einer „Modifikation, insofern in manchen Fällen, wo die Verhältnisse zweideutig erscheinen, eine utilis rei vindicatio

§ 4.

c. Condictio sine causa generalis und specialis.[1]

Früher pflegten die Darsteller des römischen Rechts von der condictio sine causa in zweierlei Bedeutung zu sprechen; sie unterschieden nämlich eine condictio sine causa generalis und specialis. So sagt Johannes Voet,[2] die condictio sine causa „et vel generalis est vel specialis: generalis, quae cum aliis condictionibus concurrere potest, — — — — — —. Specialis sine causa condictio est, quae tunc locum habet, cum aliis condictionibus locus non est — — — — —." Er meint also, die condictio sine causa specialis läge dann vor, wenn ein besonderer Tatbestand gegeben sei, der für die anderen Kondiktionsfälle nicht passe, während die generalis gewährt werde, wenn der zu Grunde liegende Tatbestand die Voraussetzungen auch eines anderen Kondiktionsfalles erfülle. Mit Recht bemerkt Reinhard[3] hierzu, dass mit dieser Unterscheidung das Wesen der Kondiktion keineswegs klar werde, auch nicht, wenn noch ein paar Beispiele und die Bemerkung hinzugefügt würden, die Klage gehe auf Rückforderung dessen, „was jemand entweder gleich anfangs ohne genügenden und gültigen Rechtsgrund erhalten habe, oder wobei der ursprünglich vorhanden gewesene Rechtsgrund in späteren Wegfall gekommen sei."[4] Seine Aus-

---

und eine Obligation auf Rückgabe nebeneinander anerkannt werden."

1. Wir heben die Betrachtung hierüber deshalb aus unserer Hauptdarstellung heraus, weil es sich um eine antiquierte, heute nirgends vertretene Meinung handelt, die jetzt nur historischen Wert hat.

2. Johannes Voet Commentarius ad Pandectas, Bd. 3 S. 127.

3. Reinhard im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 29 S. 234.

4. Aehnlich auch Erxleben „Die conditio indebiti" Vorwort S. 1.

führungen, durch die er diese geradezu unmögliche Scheidung[5] widerlegt, scheinen uns sehr treffend.[6] Er sagt nämlich, wenn es eine allgemeine condictio sine causa gäbe, die mit den anderen Spezialkondiktionen konkurrieren könne, so wäre es einleuchtend, dass jemand, der irrtümlicherweise eine Nichtschuld geleistet hat, nicht die condictio indebiti anstellen würde, sondern die condictio sine causa generalis. Denn bei dieser ist er des immerhin lästigen Nachweises des Irrtums überhoben und braucht lediglich darzulegen, dass das Zurückverlangte aus einem garnicht vorhandenen oder doch nicht rechtlich gültigen Grunde auf den Beklagten übertragen worden sei. Eine Begründung der einzelnen condictio ist allerdings erforderlich, da nach Reinhard dem Kondizenten unter Umständen sonst die praesumtio animi donandi entgegenstehen und seine Klage erfolglos bleiben würde.[7] Man kann also mit Recht fragen, wozu denn eigentlich die condictio indebiti und die aus ihr entspringende Verpflichtung des Klägers, seinen Irrtum nachzuweisen, da sei. Hieraus erhellt, dass es nicht angeht, von einer condictio sine causa als von einer alle anderen Kondiktionen umfassenden Generalkondiktion zu sprechen. Man hat in dem richtigen Gefühl, dass ein allgemeines Prinzip sämtlichen einzelnen Kondiktionsfällen zu Grunde liegt, irrtümlicherweise geglaubt, diese allgemeine Grundlage durch eine ebenso allgemeine Generalklage schützen zu müs-

---

5. Auf diesem Standpunkt der Scheidung der condictio sine causa in specialis und generalis steht übrigens noch Glück, vgl. Bd. 13, S. 184, 185.

6. Vgl. auch Mitteis in Jherings Jahrbüchern, Bd. 29, III und v. Mayr, „Condictio", S. 276.

7. Auf diese Reinhardsche Vermutung der Schenkungsabsicht werden wir erst weiter unten eingehen, um hier den Zusammenhang nicht unterbrechen zu müssen.

sen, und damit den ganzen kunstvollen Aufbau der römischen Kondiktionsfälle umgeworfen.

Es ist schon angedeutet worden, dass Reinhard sich zur Erreichung seines Ziels der praesumtio animi donandi bedient. Er geht davon aus,[8] dass derjenige dem „etwas zwar ohne Erwähnung einer besonderen causa, zugleich aber auch ohne Beschränkung und Vorbehalt hingegeben wird", die Vermutung des Geschenks für sich habe. Diese Präsumtion, die auch durch die Quellen[9] deutlich ausgesprochen wird, kann dem Kondizenten allerdings dann nicht engegengehalten werden, wenn irgend eine besondere causa vorliegt, wohl aber steht sie „der Rückforderung dessen, was man ohne allen Vorbehalt hingegeben, regelmässig im Wege."[10] Um diese praesumtio zu widerlegen, muss nun der Kondizent seine condictio fundieren, indem er z. B. sagt, er habe einen in der Zukunft liegenden Zweck gehabt, der sich nicht erfüllt habe (condictio causa data causa non secuta) oder er habe irrtümlicherweise eine Nichtschuld geleistet (condictio indebiti) oder er habe ohne jeden Rechtsgrund geleistet (condictio sine causa). Gelingt ihm diese Substanziierung nicht, so steht ihm die Vermutung entgegen, dass er habe schenken wollen, und seine condictio ist erfolglos. Wie Reinhard unter diesem Gesichtspunkte die Unmöglichkeit einer Scheidung in condictio sine causa generalis und specialis dartut, ist oben gesagt.

Gegen diese praesumtio animi donandi, der übrigens auch Witte[11] zustimmt, polemisiert Kiesselbach[12] eben-

---

8. Reinhard, a. a. O. S. 238ff.

9. Vgl. l. 29 pr. D. 39, 6: Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.

10. Reinhard, a. a. O.

11. Witte, Jherings Jahrbücher, Bd. 5, S. 123 a. E.

12. Kiesselbach, Jherings Jahrbücher, Bd. 5, S. 8.

so heftig wie u. E. erfolglos. Er führt aus: Wenn wir etwas geben, so tun wir das entweder, weil wir dazu verpflichtet sind, oder weil nicht. Geben wir ohne Verpflichtung dazu, so wollen wir schenken oder bewirken, was in unserem oder eines anderen Interesse liegt oder weil wir irrtümlich glauben, zum Geben verpflichtet zu sein. Einen anderen vernünftigen Grund zum Geben könne er nicht ausfinden. Denn geben wir z. B. eine Nichtschuld, wissend, dass wir nichts schulden, mit der Absicht, das Gegebene später zurückzufordern, so geben wir ohne und wider Vernunft und werden durch das Recht nicht geschützt, aber nicht wegen der praesumtio, dass wir schenken wollten, sondern weil das Recht das unvernünftige Handeln nicht schützt.[13]

Wir haben schon betont, dass wir Kiesselbach nicht zu folgen vermögen, vielmehr mit Reinhard und Witte der Meinung sind, dass unter gewissen Umständen eine Vermutung der Schenkungsabsicht vorhanden ist. Nur dürfte der Reinhardsche Standpunkt noch schärfer zu präzisieren sein. Denn wenn er nur sagt, die praesumtio könne bei Vorliegen einer causa, die nicht donatio sei, nicht entgegenhalten werden, so dürfte dies in dieser Fassung nicht zutreffen. Man kann sich vielmehr sehr wohl Fälle denken, in denen eine andere causa als die, zu schenken, vorhanden und dennoch die praesumtio animi donandi gegeben ist.[14] Es kommt nicht auf das Vorliegen einer anderen causa als

---

13. Kiesselbach, a. a. O.

14. Ein Beispiel hierfür wäre folgender Fall: Ich gebe einem Bettler, der nach mir die Hand ausstreckt, ohne ein Wort zu sagen, ein Almosen; in Wahrheit habe ich aber garnicht die Absicht, ihm das Geldstück zu schenken, meine causa ist eine ganz andere. Hier liegt eine causa vor, die nicht donatio ist, und dennoch wird mir, wollte ich später kondizieren, die Präsumtion der Schenkungsabsicht entgegenstehen.

der Schenkungsabsicht an, sondern dass diese andere causa erkennbar in den begleitenden Nebenumständen der Hingabe sich äussert. Mit dieser Massgabe schliessen wir uns Reinhard an.

2. Die condictio als Bereicherungsklage.

§ 5.

a. Begriff der Bereicherung.

„In der Auffassung der condictio stehen sich zwei Hauptansichten gegenüber, von denen die eine die condictio als Bereicherungsklage annimmt, während die andere der condictio den Charakter einer Bereicherungsklage ableugnet.“[1] Bevor wir diese beiden Theorien und ihre Gründe kritisch untersuchen, scheint es uns angebracht, vorerst einmal den Begriff der Bereicherung klarzulegen.

Jedes Individuum wird naturgemäss das Streben haben, seine wirtschaftlichen Substanzmittel derart zu gestalten, dass sie zur Befriedigung aller seiner Bedürfnisse ausreichen. Es wird regelmässig bemüht sein, seine Einkünfte so zu erhöhen, dass sie ihm gestatten, die höchsten Anforderungen an das Leben zu stellen und seine Genüsse so weit als möglich sich zuteil werden zu lassen. So strebt der Mensch nach Gütererwerb und Gütervermehrung, die auch auf Kosten anderer herbeizuführen, ihm der natürliche Egoismus gestattet. Diesen Gütererwerb pflegt man als „Bereicherung“ zu bezeichnen. Nun braucht aber diese Bereicherung nicht nur so einzutreten, dass der Erwerber ohne Gegenleistung einen Vermögenswert erlangt, sondern er kann sich auch so abspielen, dass jemand unter Hingebung eines Ge-

1. von Koschembahr-Lyskowski: Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht, S. 1.

genwertes etwas erwirbt. Subjektiv, d. h. in der Vorstellung des Erwerbers, wird hier immer eine Bereicherung vorliegen; denn das Motiv der hauptsächlichsten Rechtsgeschäfte ist in der Regel die Bereicherungsabsicht. Objektiv allerdings nur dann, wenn der erworbene Vermögenswert den dafür hingegebenen im Wert übersteigt. Dass nun die Rechtsordnung dazu da wäre, diese Bereicherungen zu verhindern oder rückgängig zu machen, wie es die naturrechtliche Schule[2] forderte, ist eine verfehlte Folgerung, die man aus jener oft zitierten Digestenstelle: Natura aequum est neminem cum alterius detrimentis fieri locupletiorem[3] gezogen hat. Mit Recht sagen Windscheid-Kipp[4], dass dieser Satz der Quellen „nur eine von den vielen falschen Abstraktionen ist, welche sich in ihnen finden"; und mit Recht stellt Witte[5] diesen Ausspruch „mit dem bekannten praeceptum juris: suum cuique tribuere so ziemlich auf eine Stufe." Dieser Satz enthält, wie heute auch allgemein anerkannt wird,[6] nur eine Anforderung der Billigkeit, die allerdings für die Entwickelung der einzelnen Rechtsinstitute von grösster Wichtigkeit war; man kann ihn aber nicht als Rechtssatz betrachten, denn wie sollte sonst „von einem Eigentumserwerb durch Usukapion oder einer Ausschliessung der Klagen durch Ablauf einer bestimmten Zeit die Rede sein?"[7]

Wenn also die Rechtsordnung auch unmöglich jede Bereicherung auf Kosten eines anderen verbieten darf,

---

2. v. Wolff, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, § 271.

3. l. 14, D. 12, 6.

4. S. 809 Anm. 1. Wir möchten die Richtigkeit dieser Bezeichnung auch gegen Kuhlenbeck: „Von den Pandekten zum BGB." S. 346 aufrecht erhalten.

5. Witte: „Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts", Vorwort S. 5.

6. Vgl. z. B. auch Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2 S. 676.

7. Witte, a. a. O.

so hat sie doch „die Aufgabe, bei der Bereicherung des einzelnen durch Güteraustausch darauf zu achten, dass dieselbe sich innerhalb gewisser Grenzen hält. Naturgemäss kommt hierbei nur die objektiv-reale Bereicherung in Frage, denn für die Rechtsordnung ist grundsätzlich nur die Bereicherung von Bedeutung, welche sich nach allgemeiner Anschauung als solche darstellt.“[8] Nun bringen die römischen Juristen den Satz, dass niemand sich solle durch den Schaden eines anderen bereichern dürfen, in besondere Verbindung mit der condictio. „Es gilt daher festzustellen, inwieweit die condictio sich gegen die unrechtmässige Vermögensvermehrung wendet, und welches die Kriterien der unrechtmässigen Vermögensvermehrung sind. Sind diese Kriterien festgestellt, dann wissen wir, wann die condictio eingreift.“[9]

b. Die Gegner der condictio als Bereicherungsklage.

§ 6.

α. Insbesondere die Theorie Jacobis.

Es ist schon gesagt worden, dass es hinsichtlich der Auffassung der condictio zwei Haupttheorieen gibt, die sich unvereinbar gegenüberstehen: während die eine bestreitet, dass die condictio den Charakter einer Bereicherungsklage habe, wird dies gerade von den anderen behauptet. Wir wollen zuerst die Gegner der condictio als Bereicherungsklage und ihre Gründe zu Worte kommen lassen und unsere Stellung zu ihnen auseinandersetzen.

Den ersten namhaften Versuch, die seiner Meinung nach irrige Ansicht, dass die condictio eine Bereiche-

8. Plessen, „Die Grundlage der modernen condictio“, S. 2.
9. v. Koschembahr-Lyskowski, Vorwort S. 5, 6.

rungsklage sei, zu widerlegen, hat Jacobi[1] unternommen. Witte hatte schon in seinen 1859 erschienenen „Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts“ als Resultat seiner Untersuchungen gefunden, was er in seiner Streitschrift gegen Jacobi[2] mit folgenden Worten noch einmal formuliert: „Das Resultat ist also, dass es in der Tat auf aequitas zurückgeführte Klagen gibt, die durch die tatsächliche Gestaltung zweier Vermögen ins Leben gerufen werden, und die man deshalb als Bereicherungsklagen zu bezeichnen berechtigt ist, weil sie die Vermehrung des einen Vermögens mit dem Verlust des anderen voraussetzen.“ Gegen diesen Gedanken, den Witte ebenso schon 1859 ausgesprochen hatte,[3] polemisiert Jacobi, weil diese Ausführungen die condictiones auf die Billigkeit zurückführen, und das sei ein für das Recht ganz unbrauchbarer Begriff. Das vermögen wir Jacobi nicht zuzugeben. Es ist offenbar, dass hier unter Billigkeit nicht die Vorschriften der Moral und guten Sitte zu verstehen sind, die der Richter etwa berücksichtigen sollte; diese auf der Moral als Grundlage sich stützende Billigkeit darf allerdings für den Richter keine Bedeutung haben, es sei denn, dass das objektive Recht wie es ja im BGB. öfters geschehen ist, ausdrücklich gestattet, dass die Entscheidung dem billigen Ermessen des Richters überlassen sei. Aber diese Billigkeit ist hier auch garnicht in Frage. Wohl aber kann und soll der Gesetzgeber, der die Rechtsordnung zu schaffen hat, die Gebote der Moral und des Anstandes berücksichtigen, und moralische Pflichten, wenn er sie nicht gar zu Rechtspflichten erheben will, doch durch das Gesetz schützen. Nicht bei der Anwendung des Gesetzes können wir eine

1. Jacobi in Jherings Jahrbüchern, Bd. 4, S. 159ff.
2. Witte in Jherings Jahrbüchern, Bd. 5, S. 124.
3. Vgl. „Die Bereicherungsklagen“, S. 42ff.

aequitas in diesem Sinne gebrauchen, wohl aber bei seiner Schaffung, und hier ist sie nicht nur nicht „unbrauchbar", sondern sogar erforderlich.

Wenn Jacobi geltendmacht, dass die Bereicherung als rechtlich nur negativer Begriff[4] nie die Begründung einer Klage geben könne, dass die Bereicherungsklagen im übrigen aber auch überflüssig wären, weil der Geschädigte durch die Vindikationsklage oder auch Geschäftklage, die actio negotiorum gestorum und die condictio datorum, hinreichend geschützt wäre, so können wir ihm auch darin nicht beipflichten. Witte fragt mit Recht,[5] mit welcher Klage man denn z. B. dem Vollmachtgeber oder dem Gewalthaber den Gewinn, den sie aus den Delikten ihres Bevollmächtigten bezw. Gewaltunterworfenen gezogen hätten, abfordern solle, wenn die entzogene Sache vom Deliquenten versilbert und das Geld zum Nutzen des Vollmachtgebers oder Gewalthabers verwendet ist.[6] Man hat gegen sie weder die rei vindicatio, denn sie haben die Sache nie in Händen gehabt; noch ist ein obligatorischer Anspruch gegeben. Hier bleibt als einzige Möglichkeit die Bereicherungsklage, was auch die deutliche Anschauung

---

4. Jacobi nennt die Bereicherung deshalb einen negativen Begriff, weil in einzelnen Fällen jemand das Recht eines anderen nur soweit gegen sich gelten zu lassen brauche, als ihm dasselbe keinen Schaden zufüge, d. h., er brauche nur noch die Bereicherung herauszugeben, daher sei die Bereicherung eine „Unschädlichkeitstaxe", nicht aber selbständiges Klagefundament.

5. a. a. O. S. 105.

6. Witte wirft hier (S. 105) übrigens Auftrag und Vollmacht durcheinander, indem er dem Auftraggeber auf der einen Seite den Bevollmächtigten auf der anderen Seite gegenüberstellt. Dabei braucht doch der Beauftragte keine Vertretungsmacht zu haben; so ist der Kommissionär des Handelsrechts nach innen oft Beauftragter, nach aussen aber nie Vertreter des Kommittenten, da er stets in eigenem Namen handelt.

der Quellen ist.[7] Dass die Bereicherung mit dem Schaden eines anderen unter Umständen ein positives Klagefundament abgeben kann, beweisen aber auch die Klagen, welche auf Herausgabe der Bereicherung gegen Personen gegeben sind, die sich durch Verträge wirksam nicht verpflichten können. Hier ist die Bereicherung allein dasjenige, was die Möglichkeit bietet, den Bereicherten zu belangen.[8] Demnach erhellt es, dass nach den Quellen die Bereicherung auf fremde Kosten unter Umständen einen Anspruch für den Verlierenden begründet, und zwar einen Anspruch ex re, der durch das Recht unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt ist. Es ist dagegen verkehrt, die Verpflichtung des Bereicherten auf einen dolus desselben zurückzuführen; denn die Verweigerung der Leistung ist, wie Witte richtig sagt, erst dann ein dolus, wenn die Pflicht zur Vornahme derselben bereits feststeht; nur so ist es zu erklären, dass die Quellen bisweilen darauf hinweisen, dass derjenige dolos handle, welcher die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verweigere.

Wir möchten hier noch einmal auf Jabobis Behauptung zurückkommen, die Bereicherungsklagen seien deshalb überflüssig, weil der Eigentümer durch den ihm als solchen gewährten Rechtsschutz genügend gesichert werde. Zwar gebe regelmässig das römische Recht die rei vindicatio nur, wenn das Eigentum einer Sache durch den Besitz eines Dritten verletzt werde; aber auch in den Fällen, in denen der Beklagte nicht mehr besitze, müsse dem Eigentümer die Vindikationsklage gegeben werden, denn das Eigentumsrecht könne durch willkürliche Handlungen Dritter niemals geschmälert werden. Die Ansprüche aus dem Eigentumsrecht müssten auch dann noch gegeben sein, wenn die

7. cf. z. B. l. 3 § 1 D. 14, 4.
8. cf. z. B. l. 5 D. 26, 8.

res gänzlich untergegangen sei oder ihre Selbständigkeit verloren habe.

Zu diesen Darlegungen bemerkt Witte[9] mit Recht dass Jacobi durch Aufstellung solcher Rechtsregeln den Unterschied zwischen actiones in rem und in personam völlig verwische. Aber abgesehen davon müsste nach Jacobis Gedankengang dann ja gegen jeden, der aus irgendeinem Erwerbstitel einmal eine Sache besessen und aus ihr Vorteil gehabt hat, die rei vindicatio gegeben sein. Wenn auch diese Klage nur auf das gehen könnte, um was der Beklagte augenblicklich noch bereichert ist, so würde doch das zum Klagegrunde nicht gehören. Denn dass diese Beschränkung auf einer äusseren, mit der Vindikation in keinem Zusammenhange stehenden Veranlassung beruht, gibt Jacobi selber zu[10]. Die rei vindicatio wäre also unter den oben dargestellten Voraussetzungen stets gegeben, und der Beklagte könnte dem Anspruch nur dadurch begegnen, dass er beweist, dass er durch die Hingabe einer angemessenen Gegenleistung oder durch sonstigen Verlust des Gewinnes nicht mehr bereichert ist. Hieraus geht hervor, dass Jacobi von der herrschenden Theorie nur darin abweicht, dass er auch die Klagen nach Wegfall der Vindikationsmöglichkeit Vindikationsklagen nennt, während die herrschende Theorie von dem Grundsatze ausgeht, dass nach Untergang des Eigentums nur noch persönliche Klagen gegeben sein können.

Auch den weiteren Ausführungen Jacobis, die den Zweck haben, die condictiones datorum in einer vom Bereicherten einseitig übernommenen Verpflichtung zu begründen, können wir nicht beipflichten. Er argumentiert folgendermassen: Durch die Annahme einer

9. Witte in Jherings Jahrbüchern, Bd. 5, S. 109 ff.
10. a. a. O., S. 185.

Leistung zu einem bestimmten Zweck wird dem Leistenden stillschweigend ein Widerrufsrecht eingeräumt für den Fall, dass der Zweck ausbleibt. Will der Empfänger eine solche event. Restitutionspflicht nicht übernehmen, so dürfe er die Leistung in der angebotenen Weise nicht acceptieren.

Einen ähnlichen Gedankengang wie hier Jacobi weist übrigens schon Hugo Donellus[11] auf, einer der Hauptvertreter der weiter unten ausführlich besprochenen Kontraktstheorie, insbesondere in Bezug auf die condictio indebiti. Er weicht allerdings insofern nicht unerheblich von Jacobi ab, als er diese condictio nicht wie jener aus einem vom Empfänger dem Geber unter bestimmten Voraussetzungen eingeräumten Widerrufsrecht, sondern aus einem wahren Realkontrakt herleitet. Während wir die Meinung des Donellus später widerlegen werden[12], wollen wir uns an dieser Stelle mit Jacobi auseinandersetzen. Wie Witte[13] u. E. mit Recht hervorhebt, ist es falsch, dass es sich bei den condictiones datorum um die Geltendmachung einer auf den Vertragswillen des Accipienten zurückzuführenden Obligation handelt. Denn erstens werden sämtliche condictiones datorum als ein Rechtsinstitut behandelt, dem ein gemeinsamer Gedanke zu Grunde liegt[14]; Gaius erklärt aber auch ausdrücklich für den Fall der condictio indebiti, dass es sich hier nicht um eine obligatio ex contractu handle[15]. Welchen Sinn er seinen Worten beimisst, wenn er die durch Zahlung einer Nichtschuld begründete Obligation als eine re

---

11. Donellus, Commentarii juris civilis, lib. 13, c. 16 und 17.
12. Vgl. besonders § 8 d. A.
13. Witte, Jahrb. f. Dogm., Bd. 5, S. 117 ff.
14. cf. l. 66, D. 12, 6: quod allerius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.
15. Gaius III, 91.

kontrahierte bezeichnet, kann keinem Zweifel unterliegen, da er ja auch den Pupillen oder die Frau, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, verpflichtet werden lässt. Für ihn ist also das tatsächliche Verhältnis (res), d. h. die Bereicherung des einen auf Kosten des anderen, das Klagefundament. Würde die Verpflichtung der Restitution durch den Willen des Empfängers übernommen, so würde sich ein den Quellen widersprechendes Resultat hinsichtlich der condictio indebiti ergeben. Denn dann brauchte der Kondizent garnicht seinen Irrtum nachzuweisen, sondern nur, dass er gezahlt und die Verpflichtung dazu nicht existiert hat. Denn nach Jacobi ist ja die Willensrichtung des Gebers irrelevant, und nur die des Empfängers von Bedeutung, während, wie Witte mit Recht betont, das den Quellen entsprechende Resultat umgekehrt lauten muss[16].

---

16. In diesem Zusammenhange sei auch auf die verfehlte Konstruktion hingewiesen, die Jacobi (a. a. O. S. 216 ff) bezüglich der actio negotiorum gestorum contraria aufgestellt hat. Mit dieser Klage, die richtiger Ansicht nach zu den Bereicherungsklagen i. w. S. gehört, fordert der negotiorum gestor Ersatz für das, was er zwar ohne Auftrag, aber animo obligandi zum Nutzen eines anderen aufgewendet hat. Um nun die Verpflichtung des Geschäftsherrn juristisch zu begründen, nimmt Jacobi an, die Verpflichtung des dominus sei eine selbstverständliche Folge der einseitigen Willenserklärung des negotiorum gestor, sie beruhe auf einem naturale negotii. Der Geschäftsführer übernehme durch seine einseitige Willenserklärung eine Verpflichtung, als ob er Mandatar wäre, er wolle zwar unentgeltlich seine Kräfte in den Dienst eines anderen stellen, aber nicht selber Vermögen opfern. Deshalb diene die actio negotiorum gestorum contraria nur zum Ausgleich, wenn der negotiorum gestor mehr geleistet habe, als die übernommene Verpflichtung verlangte; es werde mit dieser Klage gewissermassen nur eine Ausgleichung gefordert. —

Wir meinen, dass diese Konstruktion deshalb unhaltbar ist, weil doch unmöglich der animus des Geschäftsführers für den

§ 7.

β. Weitere Theorieen.

Bolze[1] kommt wie Jacobi zu dem Resultate, es sei „der Ausganspunkt, welchen die Gegner mit Windscheid teilen, ein falscher. Die Grundlage der condictio ist nicht die Bereicherung[2].“ Er sagt, es sei für uns zwar ein feststehendes Dogma, dass die condictio eine Bereicherungsklage sei, nichtsdestoweniger wäre eine Nachprüfung notwendig. Bei der nun folgenden Untersuchung lenkt besonders l. 15 § 1 D. 12,6 seine Aufmerksamkeit auf sich: Der Beklagte hatte Besitz übertragen erhalten, da auch der Kläger nur Besitz, nicht aber Eigentum hatte, während er auch dieses geben wollte; nun kann der Beklagte, welcher inzwischen Eigentum ersessen hat, dieses Eigentum nicht zurückhalten, wenn der Kläger den Besitz kondiziert. Hier überträgt also der Beklagte mehr auf den Kläger als er selber erhalten hat. Bolze knüpft hieran die zweifelnde Frage, ob das noch ein Anspruch wegen grundloser

---

Geschäftsherrn eine Verpflichtung erzeugen kann, denn niemand kann — das hebt Jacobi S. 216 selber hervor — durch den einseitigen Willen eines anderen verpflichtet werden. Man sieht, dass wir auf diesem Wege nicht weiter kommen. Der Charakter dieser Klage ist vielmehr dahin zu definieren, dass, wie die Quellen auch deutlich aussprechen, „utilitatis causa dem Geschäftsführer auf Grund einer utilis gestio eine Klage gewährt sei, da sich ohne dies niemand verstehen würde, die Geschäfte eines anderen zu besorgen, während doch sehr häufig der Vorteil des dominus negotiorum eine unbeauftragte Vertretung durch einen Dritten als wünschenswert erscheinen lasse. Aus diesem Grunde wird aus eigenem wohlverstandenen Interesse des Geschäftsherrn durch das Recht die Verpflichtung zur Restitution des utiliter Verausgabten anerkannt“. (Witte, Jherings Jahrbücher, Bd. 5, S. 114.)

1. Bolze im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 78, S. 422 ff.
2. a. a. O. S. 433.

Bereicherung sei. Wir glauben, dass Bolzes Zweifel nicht begründet ist; dass hinsichtlich des Besitzes eine Bereicherung vorliegt, ist ohne weiteres klar. Sie ist aber u. E. auch hinsichtlich des Eigentums gegeben, wenn es auch der Kläger niemals gehabt hat. Denn wäre der Beklagte nicht um den Besitz bereichert, so könnte er das Eigentum nicht ersessen haben, oder positiv ausgedrückt: hätte der Kläger den Besitz gehabt, so hätte er das Eigentum ersessen. — Noch sicherer aber scheint Bolze die Auffassung der condictio als Bereicherungsklage durch den Fall widerlegt zu werden, dass der Kläger sich auf die Rückforderung des Besitzes oder der Detention beschränken muss, weil er nicht mehr als diesen übertragen, der Beklagte nicht mehr erworben hat; wenn z. B. ein Kommodatar, der nur detentor ist, irrtümlich an eine Person, die er für den Kommodanten hält, die geliehene Sache zurückgibt und sie, als er seinen Irrtum erkannt hat, von ihm kondiziert, weil er für sie dem wahren Kommodanten verhaftet ist. Windscheid[3] deduziert hier so: Die Bereicherung kann auch bestehen in der Erlangung eines Besitzes und was auf Grund desselben später erworben wird; dasselbe muss von der Detention gelten. Sowohl juristischer Besitz wie Detention bilden aber einen Vermögensbestandteil des Besitzers bezw. Detentors, also kann er, wenn er possessio oder detentio ohne Grund verloren hat, diese Bereicherung durch condictio rückgängig machen. Dieser Beweisführung stellt Bolze entgegen: Es sei z. B. niemals die Innehabung eines Verwalters oder Verwahrers fremder Sachen, für welche dieser verantwortlich ist, ein Vermögensbestandteil. Er fordert sie zurück, weil er für sie haftet, also nicht, was aus seinem Vermögen ohne Rechtsgrund in das

3. Windscheid-Kipp, Pand. §§ 421 und 424.

des Beklagten übergegangen ist. Auch dieser Einwand Bolzes scheint uns nicht überzeugend. Allerdings bildet die Innehabung von ihm zur Aufbewahrung übergebenen Gegenständen für den Depositar nach der positiven Seite hin keinen Vermögungsvorteil; denn das depositum ist unentgeltlich. Wohl aber nach der negativen. Denn der Deponent kann mit der actio depositi directa von ihm Rückgabe der deponierten Sache oder, wenn dies nicht mehr möglich ist, Schadenersatz verlangen, vorausgesetzt, dass den Depositar für diese Unmöglichkeit dolus oder culpa lata trifft. Um die durch den Verlust der Sachen gegen ihn entstandene Forderung auf Wertersatz ist also der Depositar ärmer, um die Sachen selber der irrtümlicherweise als Deponent Angesehene grundlos reicher geworden. — Wir vermögen uns demnach Bolzes Forderung, man solle „die Bereicherung als Voraussetzung und Gegenstand der condictio fallen lassen[4]," nicht anzuschliessen, zumal seine Beweisführung uns nicht durchschlagend erscheint und seine Konstruktion, die er an Stelle der Bereicherung für die condictio aufstellt[5], unhaltbar ist.

---

4. Bolze, a. a. O. S. 435.

5. S. 435, 436: „Die condictio ist eine persönliche Klage, darum setzt die condictio eine persönliche Forderung, eine Obligation, voraus. Diese Obligation kann bereits bestehen, dann wird die Möglichkeit, mit der condictio zu klagen, nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Forderungsberechtigte auch vindizieren könnte". Habe der Beklagte auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, das beendet sei, die Sache inne, so begründe sich seine Rückgabepflicht dadurch, dass er die Sache jetzt sine causa habe. Wenn drittens eine Obligation weder bestehe noch bestanden habe, so gelte auch hier die Regel, dass erst eine persönliche Beziehung, ein juris vinculum zwischen beiden entstanden sein müsse, bevor dem Kläger die condictio gewährt werden könne; dagegen reiche die Tatsache, „dass der Eigentümer den Vindikationsanspruch gegen den dritten gutgläubigen

Baron kommt ebenfalls zu dem Resultate, dass das römische Recht eine Bereicherungsklage nicht gekannt habe[6], und zwar formuliert er[7] diesen Standpunkt dahin, dass „jeder zivile persönliche Anspruch, gleichviel welcher und welchen Ursprungs, gleichviel ob stricti juris oder bonae fidei, gleichviel ob aus einem Kontrakte oder aus einem Delikt oder sonst woher, mit der condictio geltendgemacht werden könne." Wir wollen uns hier damit begnügen, diese Ansicht Barons anzuführen[8], zu welcher er dadurch gelangt, dass er die Betrachtung der condictio von rein prozessualem Standpunkt aus unternimmt und wir wollen auf die u. E. treffende Widerlegung verweisen, die Baron durch Bekker[9] erfahren hat.

Auf einem anderen Wege gelangt v. Mayr[10] dazu, der condictio den Charakter einer Bereicherungsklage abzusprechen. Er leugnet die materielle Grundlage der condictio nicht, will aber in ihr nur eine einfache Rückforderungsklage aus einem nichtigen oder doch „eigentlich" nichtigen Rechtsgeschäft anerkennen. Er sagt, es sei einer der Grundirrtümer der gemeinrechtlichen Bereicherungslehre, die condictio für eine Bereicherungsklage zu halten. v. Mayr definiert[11] die

---

Besitzer hat, nicht aus, um ihm auch die condictio zuzusprechen, weder solange er besitzt, um ihm eine condictio auf Rückgabe der Sache zu geben, noch wenn der Besitzer in gutem Glauben veräussert hat, um den Eigentümer eine condictio auf den Erlös zu geben."

6. Baron „Condictionen" S. 1 ff.

7. a. a. O. S. 45 ff.

8. Da die Baronschen Betrachtungen für uns insofern, als er vom Prozessrecht ausgeht, während wir den Schwerpunkt der condictio im materiellen Recht suchen, wenig fördernd sein werden, so dürfte der blosse Hinweis genügen.

9. Bekker in Zeitschrift der Savigny-Stiftung, IV S. 92 ff.

10. v. Mayr „Die condictio des römischen Privatrechts."

11. a. a. O. S. 2.

Bereicherung dahin, sie sei „eine Vermögensdifferenz, die in dem Werte zum Ausdrucke gelangt, der einer Vermögensmasse zu einem bestimmten Zeitpunkte nach Eintritt einer gewissen Ereignung zukommt, in Vergleich gesetzt zu einem früheren, solcher Ereignung vorausgehenden, massgebenden Zeitpunkte.“ Da nun das Ziel des gesammten Rechtsverkehrs regelmässig die Bereicherung sei, müsse man sie, soweit sie Vermögensvermehrung ist, als etwas Erlaubtes betrachten[12]. Wenn es also Aufgabe des objektiven Rechts sein soll, diese Bereicherung zu verhindern oder rückgängig zu machen, so könne nur „diejenige Bereicherung in Betracht kommen, die nicht von einem Rechtsgeschäfte umspannt wird, das an sich schon im Rechtssysteme Raum gefunden hat. — — — Nur das Schutzmittel, das dieser widerrechtlichen, nicht rechtsgeschäftlichen Bereicherung entgegenzutreten bestimmt ist, ist eine Bereicherungsklage im eigentlichen Sinne des Wortes[13].“ Was nun die condictio des römischen Rechts angeht, so versucht auch v. Mayr den Nachweis zu erbringen, dass sie nur auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen könne[14]. Sei ein Rechtsgeschäft ungiltig oder doch mangelhaft, so sei in allen diesen Fällen eine condictio gegeben. „So ist v. Mayr zu denjenigen Schriftstellern zu rechnen, welche in der Vitiosität des Rechtsgrundes die Grundlage der condictio erblicken. Von diesen Schriftstellern unterscheidet er sich nur dadurch, dass er statt des Rechtsgrundes überall ein Rechtsgeschäft annimmt und in der Mangelhaftigkeit — Ungiltigkeit — des Rechtsgeschäfts die Grundlage für die condictio erblickt[15].“ Indem er so für jede

12. Vgl. näher § 5 d. A.
13. a. a. O. S. 8.
14. a. a. O. S. 329 ff.
15. v. Koschembahr-Lyskowski, S. 15.

condictio eine rechtsgeschäftliche Grundlage nachzuweisen sucht, „muss er notwendiger Weise dazu kommen, der römischen condictio den Charakter einer Bereicherungsklage abzusprechen[16].“ Diese Theorie v. Mayrs, dass jeder condictio stets eine Vermögensvermehrung durch Rechtsgeschäft zu Grunde liegen müsse, scheint uns am treffendsten v. Koschembahr-Lyskowski[17] zu widerlegen, wenn er die Frage aufwirft: „Liegt überall, wo die condictio eingreift, eine Vermögensvermehrung durch Rechtsgeschäft vor?“ und die Frage dahin beantwortet: „Bei den dationes ob causam könnte dies noch den Schein der Wahrscheinlichkeit für sich haben. Wie steht es aber in den Fällen, wo die Vermögensvermehrung ohne Zutun des Kondizenten erfolgt ist?“ Weiter bekämpft er[18] die Darlegungen v. Mayrs mit den Gegenausführungen: „Wäre die condictio die Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Rechtsgeschäft, so müsste doch folgerichtig der Kondizent alles fordern dürfen, was der Beklagte aus dem rechtsunwirksamen Rechtsgeschäfte erhalten hat. v. Mayr nimmt an, dass die hingegebene Leistung den Gegenstand der condictio bilde. Das passt z. B. schon nicht auf die Fälle, wo von dem Kondizenten nichts hingegeben ist, so bei der Kondiktion der Impensen.“ — Wir haben den Ausführungen v. Koschembahrs nur hinzuzufügen, dass wir uns ihnen in vollem Umfange anschliessen und durch sie die Behauptung v. Mayrs für widerlegt halten, dass überall da die condictio eingreife, wo das Recht ein rechtsunwirksames Geschäft im Endeffekt annehme, so dass die condictio eine Rückforderungsklage aus dem rechtsunwirksamen Geschäft sei, dass dagegen überall da,

16. Plessen, S. 7.
17. a. a. O. S. 15ff.
18. Vgl. auch Plessen, a. a. O. S. 7.

wo jemand durch ein Rechtsgeschäft bereichert worden sei, ein Bereicherungsanspruch nicht gegeben werde.[19]

c. Die Anhänger der condictio als Bereicherungsklage.

α. Keine allgemeine Grundlage der condictio.

§ 8.

aa. Die Vertrags- und Quasivertragstheorie.

Wir haben uns in den vorstehenden Ausführungen nicht auf den Standpunkt derjenigen zu stellen vermocht, welche der condictio den Charakter einer Bereicherungsklage absprechen, und damit haben wir unsere eigene Meinung kundgetan; denn wenn wir bestreiten, dass die condictio eine Bereicherungsklage nicht sei, so sagen wir damit gerade, dass sie eine solche ist. Nun ist damit aber für die Erkenntnis des inneren Wesens der Kondiktionen noch nicht viel erreicht. Denn wenn zwar die herrschende Lehre der Kondiktion den Charakter der Bereicherungsklage mit Recht zuspricht, so herrscht doch in ihr wieder Streit, ob es eine allgemeine Grundlage der Kondictionen gäbe und welches diese dann sei. Hier werden drei Hauptanschauungen vertreten, von denen die erste meint, es gäbe überhaupt keine allgemeine Grundlage der Kondiktionen, während die zweite eine solche als vorhanden ansieht, und die dritte eine condictio überhaupt nur in den vom objektiven Recht ausdrücklich anerkannten Fällen gewähren will[1].

---

19. v. Mayr scheint übrigens, wie Plessen S. 7 richtig bemerkt, die Unhaltbarkeit seiner Behauptung, dass in allen Fällen, wo jemand auf Grund eines Rechtsgeschäfts eine Bereicherung erlangt habe, für einen Bereicherungsanspruch kein Platz sei, selbst eingesehen zu haben. Vgl. hierüber die treffenden Ausführungen Plessens S. 7 und 8.

1. Wir folgen hier der übersichtlichen Einteilung v. Koschembahrs S. 1 ff.

Wir werden uns zunächst mit den Ausführungen derjenigen beschäftigen, die eine allgemeine Grundlage der condictio überhaupt leugnen.

Von allen Schriftstellern, welche der condictio als Bereicherungsklage eine allgemeine Grundlage bestreiten, wird, sobald sie daran gehen, die Grundlage der einzelnen condictio zu bestimmen, das „Willensmoment[2]" stark betont; die Art und Weise allerdings, wie dies geschieht, ist bei den einzelnen wieder sehr verschieden.

Viele Juristen des Mittelalters, aber auch noch in den Anfängen des vorigen Jahrhunderts haben die sog. Kontrakts- bezw. Quasikontraktstheorie vertreten. Diese Theorie, der heute kaum mehr als antiquarischer Wert zukommt[3], lehrte, dass die Vermögensvermehrung in den einzelnen Fällen deshalb rückgängig gemacht werde, weil sie dem beiderseitigen Willen der Parteien, der durch Vertrag oder doch vertragsähnliche stillschweigende Uebereinkunft festgelegt sei, nicht entspreche. So sieht z. B. schon der oben erwähnte[4] Donellus[5] die condictio indebiti als aus einem wahren Realkontrakt entsprungen an, indem er folgendermassen ausführt: Wenn jemand erkläre, eine Zahlung zu leisten, so übertrage er das gezahlte Objekt unter der Voraussetzung, dass er es auch schulde, und wenn er die Leistung auch nicht gerade unter der Resolutivbedingung des Bestehens seiner Schuld bewirke, so erwarte er doch Rückzahlung für den Fall seiner Nichtschuld. Indem nun der Empfänger das

2. v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. S. 2.

3. Vgl. allerdings Pfersche „Bereicherungsklagen" S. 156, der sich wenigstens teilweise zu dieser unhaltbaren Theorie bekennt.

4. Vgl. § 6 d. A.

5. Donellus, a. a. O. lib. XIII, c. 16, 17.

Gegebene als geschuldete Zahlung annehme, stimme er notwendig diesem Vorbehalt bei; und so sei denn die gegenseitige Uebereinstimmung vorhanden, die zur Begründung einer kontraktlichen Verpflichtung auf Rückgabe von etwas Gegebenem genügt. Mit Recht bestreitet dagegen Erxleben[6], dass hier ein Kontrakt zustande gekommen sei, da es immer ein notwendiges Erfordernis eines stillschweigenden Vertrages sei, „dass die Uebereinkunft, welche darin enthalten ist, dem Bewusstsein der Kontrahenten wirklich vorschwebte; und die Annahme eines solchen rechtfertigt sich in juristischer Hinsicht nur dann, wenn die Absicht eines solchen Vertragsschlusses aus der Natur des betreffenden Vorganges mit Notwendigkeit hervorgeht.“ Dass die handelnden Personen aber an nichts weniger denken, als eine Obligation zu kontrahieren, ist ohne weiteres klar; es ist sicher, „dass derjenige, welcher etwas in der Absicht zu zahlen gibt, nicht sowohl zu dem Ende gibt, um ein obligatorisches Geschäft zu kontrahieren, als vielmehr darum, ein vorausgesetztes Geschäft dieser Art aufzulösen oder sich von einer Obligation zu befreien[7].“ Wenn man sich nun aber darauf berufen wollte, die condictio habe sich aus der Darlehnsklage entwickelt, und man müsse deshalb, da dies eine Vertragsklage sei, auch bei der condictio ein vertragsartiges Verhältnis als vorliegend ansehen, so bestreitet u. E. Pernice[8] mit Recht, dass die condictio ex mutuo eine Vertragsklage sei, weil dies Ergebnis „geschichtlich unzutreffend“ wäre. „Man kann und muss sich den Grundgedanken des Mutuums anders zurechtlegen, so dass dann die Klage als eine Unterart der condictio ex injusta causa

6. Erxleben, „Condictio indebiti“, S. 15ff.
7. Erxleben, a. a. O. S. 17.
8. Pernice-Labeo, a. a. O. S. 720.

erscheint: das auf Treu und Glauben formlos zum Gebrauche Hingegebene zu behalten, ist unsittlich; deshalb darf der Geber zurückfordern."

Diese Theorie, welche ausser von Erxleben von Jacobi[9], v. Mayr[10], Witte[11] u. a. heftig bekämpft worden ist, muss also durchaus als verfehlt betrachtet werden. Sie ist entstanden aus der Sabinisch-Julianischen Negotientheorie, welche jedoch, wie v. Mayr unter Verweisung auf Pernice[13] ausführt, nicht dahin zu verstehen ist, dass ein stillschweigender oder auch fingierter Vertrag, gerichtet auf Restitution unter bestimmten Voraussetzungen als Fundament der condictio[14] anzusehen sei, und dass eine condictio nur dann gegeben sein könne, wenn solche Rückgabe unter den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sei. Der Quasikontrakt hatte, wie v. Mayr darlegt[15], im römischen Rechtssysteme immer nur systematische Bedeutung. „Er diente lediglich dazu, die Rechtserscheinungen, die sich den Denkfiguren des Kontraktes und des Deliktes nicht ohne weiteres unterordnen liessen, in einem Begriffe zusammenzufassen. Damit sollten jedoch keineswegs gemeinsame positive Merkmale für die diesem Sammelbegriff eingeordneten Rechtsinstitute aufgestellt werden. Sobald dies aber feststeht, muss auch die Zurückführung der Kondiktionen auf die gemeinsame Wurzel des Quasikontraktes als ein fruchtloses Beginnen erscheinen." Auch darin schliessen wir uns v. Mayr an, wenn er sagt, es sei

---

9. Jacobi, a. a. O. S. 284 ff., 288.
10. v. Mayr, a. a. O. S. 292 ff.
11. Witte, „Bereicherungsklagen", S. 41 ff.
12. v. Mayr, a. a. O. S. 293.
13. Pernice-Labeo, a. a. O. I, S. 403 ff.
14. Witte, a. a. O. S. 41.
15. v. Mayr, a. a. O. S. 293, 294.

nur ein anderer Name für dieselbe Sache, wenn man als Grundlage der condictio einen fingierten Vertrag annehme, eine Konstruktion, die früher häufig insbesondere für die condictio sine causa aufgestellt wurde. Wenn man den Quasikontrakt als selbständiges Klagefundament verwirft, muss man auch die Vorstellung fallen lassen, „als ob die Begründung unserer obligatio auf einem fingierten oder auf einem stillschweigenden Vertrage beruhe[16].“

§ 9.

bb. Windscheids Voraussetzungstheorie.

Windscheid hat sich in seiner Lehre von der Voraussetzung eingehend mit der Ergründung des Wesens der condictio befasst, ohne aber dabei zu einem Ergebnis zu gelangen, das wissenschaftlich oder praktisch anerkannt werden kann.

Er gibt der condictio den Charakter der Bereicherungsklage ohne weiteres zu und stellt als ihr allgemeines Prinzip „die Tatsache auf, dass jemand aus fremdem Vermögen in ungerechtfertigter Weise bereichert worden ist[1],“ was für ihn die Verpflichtung erzeugt, dem Benachteiligten herauszugeben, um was auf seine Kosten der Bereicherte reicher geworden sei. Die condictio ist also nach ihm eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung. Nun komme es aber darauf an zu entscheiden, wann denn diese Bereicherung ungerechtfertigt sei; dies lasse sich nicht mit einer für alle Fälle geltenden Regel beantworten, deshalb müsse man die einzelnen Kondiktionen besonders behandeln und für jede ihre eigene Grundlage finden. Bei dieser

16. Brinz, Pand. II, S. 507. Vgl. gegen diese Theorieen auch die treffliche Polemik Erxlebens „Condictio indebiti“, S. 14 ff.

1. Windscheid-Kipp, Pand. a. a. O. S. 808.

Untersuchung nun operiert Windscheid in grösstem Masse mit seiner Voraussetzung, deren Begriff und Wesen wir deshalb zunächst in Kürze klarlegen wollen.

Voraussetzung einer Willenserklärung ist nach Windscheid jede Annahme und Erwartung, ohne die der Erklärende nicht eine derartige Erklärung abgegeben hätte. Windscheid nennt diese Voraussetzung eine „Selbstbeschränkung des Willens[1]," die man als eine „unentwickelte Bedingung" bezeichnen könne. Bei der Bedingung sage der Erklärende: Wenn dieses Ereignis eintreten oder nicht eintreten wird, dann „will ich nicht gewollt haben." Wenn dagegen der vorausgesetzte Zustand der Dinge sich nicht nach der Voraussetzung des Erklärenden gestaltet, so besteht das Rechtsverhältnis „nicht ohne, und doch gegen den Willen des Erklärenden," d. h. es besteht mit seinem „wirklichen," aber ohne seinen „eigentlichen" Willen[3]. „Die Folge davon ist, dass er denjenigen, zu dessen Gunsten es begründet worden ist, wenn derselbe es geltendmachen will, mit einer exceptio doli zurückweisen, und auch ohne dass derselbe es geltendmacht, auf Erstattung desjenigen, was er dadurch hat, belangen kann[4]."

Windscheid definiert[5]: „Wer etwas aus einer Willenserklärung hat, deren Voraussetzung mangelt, hat es ohne Grund; die gegen ihn begründete Klage ist da-

---

2. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung, S. 1.

3. Ebenda S. 2 ff.

4. Diese Wirkung hat nach Windscheid die ausdrücklich hinzugefügte Voraussetzung, ohne dass dabei aber gerade das Wort Voraussetzung gefallen zu sein braucht. Darüber, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn die Voraussetzung dagegen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, und über die von Windscheid diesenfalls gemachte Unterscheidung von Willenserklärungen inter vivos und mortis causa vgl. Windscheid, a. a. O.

5. a. a. O. S. 3.

her eine condicto.“ Windscheid lehrt also, dass, wenn auch der Erklärende das Geschäft „wirklich“ gewollt habe, doch darin, dass er gleichzeitig eine „Selbstbeschränkung des Willens“ offenbar gemacht habe, ein gewisser Vorbehalt liege, der ihn berechtige, die Wirkungen des Geschäfts mittels condictio sine causa oder exceptio zu vernichten, falls seine Voraussetzung sich als unzutreffend erweisen sollte. Er legt dann dar, dass man sich seit Savignys Lehre vom Irrtum darüber einig geworden sei, dass in den Fällen des sog. unechten Irrtums, d. h. bei Diskrepanz und Dissens zwischen Wille und Erklärung, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht durch den Irrtum, sondern dadurch herbeigeführt werde, dass die gewollte Willenseinigung nicht zustande gekommen ist. Nun fordert Windscheid, dass man in derselben Weise den Einfluss fassen solle, den man dem sog. echten Irrtume, d. h. dem Irrtume im Motive, einräumen will. „Auch hier sollte man sagen, dass die Willenserklärung nicht wegen des Irrtums nicht zu Recht bestehe, sondern weil infolgedessen ein Wille erklärt worden sei, der ohne Irrtum nicht erklärt worden wäre, — ein Wille, wie ich es ausgedrückt habe, der zwar der wirkliche sei, aber nicht der eigentliche“.

Wie steht diese Windscheidsche Voraussetzung nun aber zum Motiv? Windscheid gibt zu,[1] dass, wenn man Beweggrund in dem allgemeinen Sinne fasse, den man ihm gewöhnlich in dem Ausdruck Irrtum im Beweggrund gebe, „die Voraussetzung nur ein besonders qualifizierter Beweggrund“ sei. „Versteht man aber darunter dasjenige, was den ersten Anstoss zu einer Willenserklärung gegeben hat, so ist zu sagen, dass ebensowenig jede Voraussetzung Beweggrund ist, wie jeder Beweggrund Voraussetzung . . . . . Voraussetzung

---

6. a. a. O. S. 7.

ist eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde."

„Die von mir aufgestellte Lehre hat mannigfaltige Zustimmung gefunden, mannigfache Anfechtung erfahren, vielleicht überwiegt die Anfechtung", so charakterisiert Windscheid selber[1] den Standpunkt, den die Wissenschaft zu seiner Lehre eingenommen hat. Es können hier nun nicht die Gründe und Gegengründe aller derjenigen aufgeführt werden, welche sich für und wider die Lehre Windscheids ausgesprochen haben; es mögen vielmehr einige Hervorhebungen genügen.

Bekker[8] hat sich, wenn auch mit einigen Modifikationen, der Windscheidschen Voraussetzungstheorie angeschlossen. Seine Definition vom Begriff der Voraussetzung stimmt mit der Windscheids sachlich vollständig überein, sie weicht nur darin von ihr ab, dass sie die rechtliche Bedeutung der Voraussetzung nicht so generell festlegt, sondern hier wieder mehrere Fälle unterscheidet. Im übrigen will er auch im Gegensatz zu Windscheid durchaus eine einheitliche Grundlage der condictio anerkannt sehen. Auch Kiesselbach[9] hat den Windscheidschen Voraussetzungsbegriff angenommen. Ferner hat Erxleben zwar den allgemeinen Begriff, den Windscheid mit seiner Voraussetzung aufgestellt hat, nicht acceptiert,[10] aber er kommt ihm in seinen Ausführungen teilweise doch sehr nahe. Er un-

---

7. Windscheid im Archiv für civil. Pr., Bd. 78.

8. Bekker, „System des heutigen Pandekten-Rechts", II, § 119.

9. Kiesselbach in Jherings Jahrbüchern, Bd. 5, S. 50: „Schon mehrere Male habe ich Windscheids Voraussetzung genannt, und meiner Ansicht nach ist die darin angewendete Behandlungsart die einzig fördernde".

10. Vgl. darüber v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. S. 5, und Erxleben „Condicto sine causa I" (Condictio indebeti) und „Condictio sine causa II" (Condictio causa data causa non secuta).

tersucht nicht im allgemeinen, wann eine solche Vermögensvermehrung, zu deren Rückgängigmachung die condictio diene, ohne Grund sei, sondern er begnügt sich festzustellen, dass bei der condictio indebiti das Vermögen desjenigen grundlos bereichert sei, dem ohne Schuld geleistet ist. Nun gäbe es aber „einige Fälle, in welchen die Wirksamkeit einer an sich begründeten Forderung im Interesse des Schuldners bestimmten Beschränkungen unterliegt, hinsichtlich deren es als zweifelhaft erscheint, ob nicht dem Schuldner, welcher diese Begünstigungen bei der Zahlung unbenutzt gelassen hat, aus dem Gesichtspunkte grundloser Leistung die Rückforderung des Gegebenen in einen gewissen Umfange zugestanden werden muss. Ein solcher Fall tritt zunächst ein, wenn der Schuldner eine betagte Forderung vor dem Verfalltage gezahlt hat.“[11] Wenn auch hier die condictio indebiti gewährt wird, so sucht das Erxleben dadurch zu erklären, dass hier zum mindesten die Schuld nicht als solche bestanden hat, als die sie erfüllt worden ist, ohne dass er allerdings die Gründe näher angibt, aus denen trotz Vorliegens einer Schuld die condictio indebiti hier gegeben wird. Er leitet vielmehr in diesen Fällen den Grund der condictio aus der Natur der Zahlung her.[12] Unter demselben Gesichtspunkt betrachtet Exleben die condictio causa data causa non secuta, von der er sagt, dass sie „rechtlich eine Folge der Beschränkung ist, welche der Geber durch die von ihm ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Voraussetzung in die von ihn ausgegangene Leistung selbst hineingelegt hat.“[13] Dass damit Erxleben denWindscheidschen Voraussetzungbegriff, wenn

11. Erxleben „Condictio sine causa“ I, S. 94.
12. Ebenda, S. 123 ff.
13. Erxleben „Condictio sine causa“ II, Vorwort S. 6; S. 114 ff.

auch nicht ausdrücklich annimmt, so doch nahe streift, ist schon betont worden.

Aehnliche Grundsätze wie Erxleben entwickelt Witte. Er definiert[14] die Kondiktionen als „Klagen auf Herausgabe derjenigen Vermögenszuwendungen, die eines Rechtsgrundes entbehren.“ Wenn auch ein Rechtsgrund der Bereicherung bei den dationes ob causam äusserlich immer vorliege, so sei doch dieser Rechtsgrund in den Kondiktionsfällen ein mangelhafter, und zwar bestehe diese Mangelhaftigkeit, welche die causa vernichte, darin „dass der Wille des Zuwendenden in Wahrheit vielfach mit dem faktischen Zustande disharmonierte;“[15] deshalb verlange die aequitas, aus der heraus die condictiones entsanden sind, „ein Eingehen auf den Zweck des Geschäfts, eine Interpretation des Willens.“[16]

Gegen den Windscheidschen Voraussetzungsbegriff haben sich im besonderen Kipp,[17] Pernice,[18] v. Koschembahr-Lyskowski,[19] Bolze,[20] vor allen aber Lenel[21] erklärt, dessen ausgezeichneten Darlegungen wir eine längere Besprechung widmen wollen, zumal sich der in ihnen eingenommene Standpunkt ziemlich mit dem unsrigen deckt. Lenel hatte schon im 74. Bande des Archivs für civil. Pr.[22] die Windscheidsche Voraussetzung scharf bekämpft und antwortet, als Windscheid im 78. Bande des Archivs seine Angriffe zu widerlegen sucht, auf diese Apologie Windscheids mit ebenso scharfen wie über-

14. Witte, „Die Bereicherungsklagen“, S. 42 ff.
15. Ebenda S. 47.
16. Ebenda S. 63 ff.
17. Kipp-Windscheid, Pand. I, § 97, Anm. 1.
18. Pernice-Labeo III, 252, 284 ff.
19. v. Koschembahr-Lyskowski, a. u. O. S. 8.
20. Bolze, Arch. für civil. Pr., Bd. 78, S. 455.
21. Lenel, Arch. für civil. Pr., Bd. 79, S. 50 ff.
22. Lenel, Arch. für civil. Pr., Bd. 74, S. 213 ff.

zeugenden Ausführungen. Zwei Haupteinwände sind es, die er gegen Windscheids Voraussetzung geltendmacht:

1. Voraussetzung in Windscheids Sinne sei in Wirklichkeit jedes entscheidende Motiv; das habe also zur Folge, dass nach Windscheid jede Partei, die sich im Beweggrunde getäuscht habe, anfechten könne. Daran wird nichts geändert, wenn das Erkennbarwerden der Voraussetzung gegenüber dem Vertragsgegner gefordert wird; denn damit bleibt die Voraussetzung doch Motiv.

2. Wenn Windscheid die römische Lehre von der causa wiedergeben wolle,[23] so sei zu sagen, dass Windscheids Voraussetzung etwas ganz anderes sei als die römische causa. Dies geht schon daraus hervor, dass das Rückforderungsrecht wegen mangelnder causa nicht von dem Erkenntnisgewordensein der causa für den Vertragsgegner abhängt, eine condictio indebiti ist z. B. sicher auch dann begründet, wenn der irrtümlich Zahlende das Geld einfach durch Postanweisung dem vermeintlichen Gläubiger zugeschickt hat. Auch bei der condictio sine causa wegen verfehlten Zweckes ist zur Begründung des Rückforderungsrechtes nicht erforderlich, dass die causa der Zuwendung dem Gegner erkennbar geworden sei. Windscheid, der nur die erkennbar gewordene Voraussetzung berücksichtigten will, fordert also mehr als sich nach den Quellen rechtfertigen lässt, und zeigt damit, dass seine Voraussetzung etwas anderes ist als die causa der Digesten. Dies gibt Windscheid zu,[24] hält den Einwand aber nicht für beweisend. Er meint, dass eine Zuwendung ohne Zweckangabe ein aus dem Zusammenhange gerissenes Stück

23. Wobei Windscheid behauptet, dass die Voraussetzung in den Quellen bald condicio, bald causa, bald modus heisse.

24. Windscheid im Archiv für civil. Pr., Bd. 78, S. 178.

des Willens sei, das durch nachträgliche Erklärung der Zweckbestimmung vervollständigt werden könne. Das liegt aber doch wohl anders. Denn wenn der Empfänger sich nicht auf die ohne Zweckbestimmung gemachte Leistung berufen dürfte, so könnte der Geber nachträglich jede beliebige Zweckbestimmung erklären, sogar ohne Angabe einer solchen kondizieren. Vielmehr muss der Geber, wenn er zurückfordern will, beweisen, nicht nur behaupten, dass die Leistung seiner Zeit um dieser causa willen erfolgte, die die Rückforderung rechtfertigt. Im übrigen wird sonst unter Umständen die Reinhardsche praesumtio der Schenkungsabsicht[25] Platz greifen. U. E. darf sich der Empfänger jedenfalls auf die ohne Zweckbestimmung erhaltene Leistung berufen; ist sie ihm doch mit dem Willen des Gebers zugekommen.

Ebenso berechtigt wie der zweite ist auch der erste Einwand, den Lenel gegen Windscheids Voraussetzung erhebt. Er bestand ja darin, dass Voraussetzung weiter nichts sei als jedes bestimmende Motiv, dass also Windscheid, wenn er der Voraussetzung rechtliche Bedeutung beilegt, damit eine Bedeutung des Beweggrundes für den Rechtsverkehr anerkennt. Lenel geht davon aus,[26] dass es überhaupt nur eine rechtserhebliche Form der Willensbeschränkung gibt, die Bedingung, „ein Mittelding zwischen Motiv und Bedingung gibt es nicht." Zunächst scheint ihm Windscheid schon bei der technischen Erklärung des Wortes „Voraussetzung" ein wesentliches Moment zu übersehen, wenn er nämlich die ausdrücklich erklärte Voraussetzung der nicht ausdrücklich erklärten dann gleichstellt, wenn demjenigen, dem gegenüber die Erklärung abzugeben war, die Voraussetzung erkennbar wurde oder doch werden musste. Nach

25. Vgl. § 4 d. A.
26. Lenel im Archiv für civil. Pr., Bd. 79, S. 51.

Lenel haben die ausdrücklich und nicht ausdrücklich erklärte Voraussetzung ganz verschiedenen Sinn: „Wer eine Voraussetzung ausdrücklich erklärt, der hegt sie nicht, und wer sie hegt, der erklärt sie nicht."[27] Wie kann man also sagen, derjenige, der die Voraussetzung erklärt, handele in Erwartung der Voraussetzung, die ja garnicht bei ihm vorhanden ist? Wenn nun Lenel fortfährt: „Es handelt sich, wo ein Vertrag unter einer derart erklärten Voraussetzung abgeschlossen wird, stets auch in Bezug auf die Voraussetzung um eine vertragsmässige Vereinbarung unter den Parteien. Wer die unter der ausgesprochenen Voraussetzung abgegebene Willenserklärung acceptiert, hat damit auch ihre Bindung an die Voraussetzung in dem Sinne, den die Auslegung gibt, acceptiert," so können wir uns dieser Schlussfolgerung allerdings nicht anschliessen. Wir haben schon darauf hingewiesen, dass uns gerade das an dem Windscheidschen Voraussetzungsbegriff, den wir aus den bereits besprochenen Gründen mit Lenel verwerfen, wertvoll zu sein scheint, dass er mit den unhaltbaren Vertragstheorieen aufräumt, dass er im Gegensatz zu der gekünstelten Konstruktion eines auf Restitution unter bestimmten Umständen gerichteten Vertrages[28] als wesentlich allein die Willensrichtung des Gebers annimmt und die des Empfängers ganz ausser Betracht lässt;[29] es hiesse ja Windscheids Voraussetzungstheorie die Rückkehr zu den Kontraktstheorieen imputieren, wenn man wie Lenel annehmen wollte, die vom Empfänger acceptierte Voraussetzung habe eine „vertragsmässige

27. Ebenda S. 53.

28. Wir denken hier besonders an die condictio indebiti.

29. Dass sie überhaupt mit dem Willensmoment operieren, sei es nun der Willen des Gebers oder der des Empfängers, darin eben besteht der Fehler aller eine allgemeine Grundlage der condictio leugnenden Theorien.

Vereinbarung“ des Inhalts erzeugt, dass die unter einer Voraussetzung gebende Partei zurückfordern dürfe, wenn die Voraussetzung sich nicht erfülle. U. E. ist die Voraussetzung vielmehr das, als was sie Windscheid selber bezeichnet, eine „Selbstbeschränkung des Willens,“ und zwar des Erklärenden, ohne Rücksicht darauf, ob diese Beschränkung von der Partei, an welche die Erklärung gerichtet wurde, acceptiert worden ist. Welchen Sinn soll es denn sonst haben, wenn Windscheid die stillschweigend erklärte Voraussetzung der ausdrücklich erklärten gleichstellt, sofern sie dem Vertragsgegner nur erkennbar war oder erkennbar sein musste? Aus diesem nur „Erkennbar-sein-müssen“ geht hervor, dass die Wirkung der Voraussetzung auch dann eintritt, wenn die Gegenpartei sie garnicht erkannt hat, also ein Vertrag, zu dem doch Willenseinigung der Parteien gehört, garnicht hat zu stande kommen können. Die Voraussetzung soll nach Windscheid nicht mittelbar infolge eines durch sie erzeugten Vertrages, sondern unmittelbar durch sich selber wirken, indem eben der durch eine Voraussetzung beschränkte Wille nicht so weit reicht als der ohne eine solche erklärte.

§ 10.

cc. Wendts Reurechtstheorie.

Wendt hat seine Konstruktion der Kondiktionen auf dem sog. Reurecht aufgebaut, dessen Bgriff wir zunächst klarzulegen haben werden. Dieses jus poenitentiae besteht in dem Grundsatze, dass dasjenige, was ob causam gegeben ist, beliebig zurückgefordert werden kann, wenn der Geber vor Eintritt der causa seine Handlung bereut. Man begründete diese Lehre damit, dass man sagte, einer jeden datio ob causam liege ein Innominatkontrakt zu Grunde; dieser bindet aber keinen

der Kontrahenten, solange er nicht die ihm geschuldete Gegenleistung angenommen hat. Während deshalb die Partei, welche die Gegenleistung angenommen hat, die ihr obliegende aber noch nicht bewirkt hat, durch den Vertrag verpflichtet ist, habe die andere, welche nur geleistet, die Gegenleistung aber noch nicht erhalten hat, die Wahl, entweder die ihr geschuldete Leistung im Wege der Klage zu erzwingen oder das bereits Geleistete zurückfordern. Man ist nun zwar von der Lehre abgekommen, dass jeder datio ob causam ein Innominatkontrakt zu Grunde liege,[1] auch kann man seit Erxleben[2] als bewiesen ansehen, dass die Römer in dieser Weise ein Reurecht nicht gekannt haben, „noch immer aber ist es herrschende Lehre, dass wenigstens bei den Innominatkontrakten der Vorleistende bis zum Erfolge der Gegenleistung wegen einfacher Sinnesänderung zurücktreten und seine Gabe zurückverlangen könne, auch wird noch immer dafür der alte Grund angeführt, dass der Vertrag bis zur Annahme der Gegenleistung nicht binde, mit der freistehenden Sinnesänderung aber der Rechtsgrund für das Verbleiben der Leistung bei dem Empfänger wegfalle.“[3]

Mit Zuhilfenahme dieses Reurechts sucht nun Wendt das Wesen der condictio zu bestimmen.[4] Er sagt: „Nicht die Vereitelung der causa erzeugt die condictio sine causa, sondern umgekehrt ihr Eintritt beendigt dieselbe.“ Solange die causa nicht eingetreten ist, solange kann infolge des Reurechts die bewirkte Leistung zurückgefordert werden; hat sich dagegen die

1. Vgl. Witte „Bereicherungsklagen“, S. 110 und die dort Angeführten.

2. Erxleben „Condictio II“, S. 52, 54.

3. Witte, a. a. O. S. 110, 111.

4. Vgl. Wendt, „Reurecht und Gebundenheit“, I: Die condictio ex poenitentia, S. 6 ff. und Jherings Jahrbücher, Bd. 22, S. 326 ff.

causa verwirklicht, so ist die Wirkung des Reurechts und daher eine condictio ausgeschlossen. Diese Konstruktion wird von der herrschenden Lehre mit Recht deshalb verworfen, weil man den Quellen eine so generelle Geltung des jus poenitentiae nicht entnehmen kann. „Zunächst ist das Reurecht in den meisten Stellen interpoliert. Wo das Reurecht aber anerkannt ist, wie z. B. bei der mortis causa donatio, da handelt es sich um eine treuweise Hingabe der Sache. Nach Wendt bestimmt sich schliesslich aus dem Ausdruck causa das Eingreifen oder vielmehr das Nichteingreifen der condictio. Unter causa versteht er aber allgemein die, sowohl Grund als Zweck der stattgehabten Vermögensveränderung bildenden Verhältnisse.“[5]

§ 11.

dd. Weitere Theorieen.

Wir wollen in Kürze noch auf die Ansichten einiger Schriftsteller eingehen, die unter Betonung der condictio als Bereicherungsklage eine einheitliche Grundlage der condictio leugnen.

Sell[1] lehrt, dass die Kondiktionen „ihrem Zwecke nach auf Rückgabe einer Sache (sie sei fungibel oder nicht fungibel) gerichtet sind, welche der andere entweder ohne allen Rechtsgrund (causa) oder aus einem schimpflichen, überhaupt aus einem unrechtlichen Grunde besitzt; oder sie gehen auf Zurücknahme einer Verbindlichkeit, welche ohne Rechtsgrund übernommen worden ist. In beiden Fällen würde sich der Besitzende, oder der Inhaber des Rechts, aus dem Nachteile eines anderen bereichern.“ Daraus ergibt sich, dass

---

5. v. Koschembahr-Lyskowski, a. a, O. S. 9.

1. Sell, „Versuche im Gebiete des Zivilrechts“, I, § 34.

Sell zwei Gruppen der condictiones unterscheidet; zu der ersten gehören alle diejenigen Fälle, wo etwas überhaupt ohne Rechtsgrund in das Vermögen eines anderen gekommen ist, zu der zweiten diejenigen, wo die Bereicherung aus „unrechtlichem" Grunde erfolgte. Wann in den Fällen der ersten Gruppe eine condictio gegeben ist, darüber entscheide das Rechtssystem; ein solcher Fall ist z. B. die Leistung einer nichtigen Schuld. Da hier die obligatio nulla ist, ist ein Rechtsgrund für die Zahlung nicht vorhanden, folglich greift die condictio sine causa Platz. „Die condictio trägt somit in diese Kategorie der Anwendungsfälle kein neues Moment hinein. Die condictio realisiert nur den Rechtssatz, welcher eine Verbindlichkeit zur nichtigen stempelt, indem sie den reicher Gewordenen zur Herausgabe der Vermögensvermehrung zwingt."[2] In den Fällen der zweiten Gruppe dagegen, wo ein Vermögenserwerb deshalb rückgängig gemacht wird, weil er aus einem „unrechtlichen" Grunde erfolgte, ist ein Rechtsgrund für die Bereicherung doch immerhin vorhanden, wenn auch nur ein „unrechtlicher". Greift nun hier die condictio Platz, so ist es klar, dass sie nicht blos einen durch das Rechtssystem festgelegten Grundsatz verwirklicht, sondern durch ihr Eingreifen einen neuen Rechtssatz schafft, der die Rückgängigmachung der zwar aus einem Rechtsgrunde erfolgten, aber aus einen unrechtlich gewordenen Grunde bestehenden Vermögensverschiebung zum Gegenstand hat. Aus der condictio selber muss sich also ergeben, warum in diesen Fällen die Bereicherung eine ungerechtfertigte ist; sie selber muss uns die rechtlichen Momente zeigen, welche den Rechtsgrund zu einem „unrechtlichen" machen. Diese Momente bilden die Voraussetzung der condictio. — Hiergegen ist mit

2. Vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, S. 3.

v. Koschembahr-Lyskowski[3] richtigerweise einzuwenden, dass die Ungiltigkeit der Vermögensvermehrung die Folge, nicht aber die Voraussetzung der condictio ist. Die Voraussetzung der condictio wird vielmehr durch diejenigen Momente verkörpert, welche die anfänglich rechtsmässige Vermögensverschiebung in ihrem Bestande erschüttern. Es wird daher, soll das Wesen der condictio klargelegt werden, einzig darauf ankommen, jene Momente zu bestimmen. Sell charakterisiert sie, ohne im übrigen sich mit dieser Frage zu befassen, nur dahin, dass sie die Vermögensverschiebung zu einer aus „unrechtlichem Grunde" machen. Dies kann, mag es an sich richtig sein, zur Erklärung bei weitem nicht ausreichen.

Voigt[4] gehört ebenfalls zu jenen Schriftstellern, welche unter Betonung der condictio als einer Bereicherungsklage als Boden für die einzelnen Kondiktionsfälle die Mangelhaftigkeit des Rechtsgrundes betrachten, wobei jedoch diese Mangelhaftigkeit bei den verschiedenen Kondiktionstypen verschieden auftrete. Er geht von der Erwägung aus,[5] dass man, da ja die condictiones ob causam Rückforderungsklagen wegen mangelhafter causa seien, vor allem den römischen Begriff der causa klarlegen müsse. Das Rechtsinstitut der Kondiktionen umfasse alle die Fälle, wo die causa der Vermögensvermehrung eine „gewisse vitiöse Qualität"[6] aufweise, deren Folge eben dann die Rückgängigmachung der ungerechtfertigten Bereicherung sei. Voigt unterscheidet nun sieben verschiedene Arten von vitiöser Qualität der causa,[7] wobei er sich an die spätere Klassifizierung der

3. a. a. O. S. 3.
4. Voigt, „Die condictiones ob causam".
5. a. a. O. Vorwort, S. 7.
6. a. a. O. S. 315.
7. a. a. O. S. 615.

römischen Juristen anschliesst und nur die in ihr enthaltenen Kondiktionsgründe gelten lassen will. Dabei finden sich, wie Baron[8] nachgewiesen hat, Fälle, in denen die römischen Juristen eine condictio gewähren, obwohl die causa von einer solchen „vitiösen Qualität" ist, wie sie in der Klassifikation nicht berücksichtigt ist.

§ 12.

β. Eine condictio nur in den vom objektiven Recht anerkannten Fällen gegeben.

Bevor wir zur Betrachtung der u. E. allein richtigen Lehre übergehen, nach welcher durchaus eine allgemeine Grundlage der condictio vorhanden ist, wollen wir noch eine andere Gruppe von Schriftstellern ins Auge fassen, welche die condictio zwar wie wir als Bereicherungsklage anerkennen, sie aber nur dann als gegeben ansehen wollen, wo sie die Rechtsordnung ausdrücklich gewährt. Dieser Standpunkt wird besonders von österreichischen Zivilrechtslehrern vertreten, ohne dass sie dabei allerdings eine übereinstimmende Begründung der condictio aufstellen.

Einer der Hauptvertreter dieser Richtung ist Pfersche.[1] Er hebt ausdrücklich hervor,[2] er erkenne nur dort die condictio an, wo sie „wirklich bezeugt ist," und sucht sie aus nachfolgenden Erwägungen heraus zu begründen.[3] Während man bisher vielfach die Auffassung vertreten habe, „die Zusammengehörigkeit und Gleichartigkeit der Bereicherungsklagen beinahe als selbstverständlich zu betrachten," stelle er sich auf ei-

---

8. Baron, „Condictionen", S. 54 ff.
1. Pfersche, „Die Bereicherungsklagen".
2. a. a. O. S. 3.
3. a. a. O. S. 1 ff.

nen wesentlich anderen Standpunkt. Aus der Gleichheit der Klagen brauche noch nicht die Gleichheit der Ansprüche zu folgen; so gäbe es auch dort Kondiktionen, wo von einem Bereicherungsanspruch nicht die Rede sei, wo die Rückforderung auf Vertrag oder Delikt beruhe. Ferner gäbe es aber auch Bereicherungsansprüche, die nicht durch condictiones, sondern durch actiones in factum geltendgemacht würden. Die Annahme einer gemeinsamen Regel für alle Bereicherungsfälle habe vornehmlich darin Anhalt gefunden, dass man einige allgemein lautende Quellenaussprüche für fertige Rechtssätze ansah, so den viel zitierten Satz: aequum est neminem cum damno alterius fieri locupletiorem. Dass dies falsch war, sei jetzt allgemein anerkannt; dieser Satz sei als Rechtssatz viel zu allgemein, er stelle sich höchstens als eine Sentenz dar. Man erkannte deshalb an, dass es einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfe, wann dies wohl billige, aber allein nicht massgebende Prinzip anzuwenden und eine condictio zu gewähren sei. Man wollte aber eine ganz allgemeine Rechtsbestimmung in den beiden Sätzen anerkannt finden:

quidquid apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit,[4] und constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam.[5]

Pfersche meint nun, dass auch diese Aussprüche zu allgemein und unbestimmt seien, um als Rechtssätze angesehen werden zu können, sondern dass das hier ausgesprochene Prinzip nur „die Form einer Regel ist, welche ihre Ausfüllung noch erwartet.“ Ob man in diesen Sätzen eine Rechtsregel oder nur eine Sentenz

4. l. 66, D. 12,6.
5. l. 1, § 3, D. 12,7.

sehen will, ist aber insofern von grösster Bedeutung, als letzterenfalls der von Pfersche auch konsequent vertretene Standpunkt der ist, „dass eine Rückforderungsklage nur dort zuzulassen ist, wo sie ausdrücklich anerkannt oder aus den vorhandenen Quellenentscheidungen nach den Regeln der Analogie zu begründen ist. Stellt man aber den Satz von der ungerechtfertigten Bereicherung schon als ausdrückliche Rechtsregel und Richtschnur an die Spitze, so wird man die einzelnen Entscheidungen zwar als Beispiele der Regel ansehen, in zweifelhaften Fällen aber die Entscheidung nicht durch Analogie aus den einzelnen Entscheidungen, sondern einfach aus der schon vorausgesetzten Regel entnehmen.“[6]

Während also die herrschende Lehre, die das Prinzip als Rechtssatz an die Spitze stellt, ihre Frage im einzelnen Fall dahin formuliert: Warum ist die Bereicherung ungerechtfertigt?, muss Pfersche fragen: Unter welchen Voraussetzungen wird hier der Rückforderungsanspruch gewährt? Diese Voraussetzungen im einzelnen festzustellen, macht Pfersche in seiner ausführlichen Abhandlung sich zur Aufgabe, wobei er dann gleichzeitig die einzelnen Kondiktionsfälle genau untersucht und begründet.[7] Hierbei kommt er zu dem Resultat,[8] dass zwar die Lehre, alle condictiones ob causam beruhten auf Rückgabeverträgen, in diesem Umfange falsch wäre, dass es aber ebenso verfehlt sei zu behaupten, „dass diesen Klagen niemals ein Rückgabevertrag zu Grunde liegt.“ „Vielmehr lehrt ein Blick auf die überlieferten Quellenentscheidungen, dass die Hauptfälle der condictio ca isa non secuta für sich allein betrachtet als Rückgabeverträge gefasst werden können

6. Pfersche, a. a. O. S. 3.
7. a. a. O. S. 52 ff.
8. a. a. O. S. 156 ff.

und müssen.“ Wir halten gegen diese teilweise Rückkehr zur Vertragstheorie unsere in § 8 d. A. dargelegten Bedenken aufrecht.

Auch die Auffassung Pfersches, dass eine condictio nur da gegeben sei, wo sie die Rechtsordnung ausdrücklich anerkenne, halten wir für irrig. Wenn uns das objektive Recht Fälle nennt, in denen es eine condictio gewährt, so ist der innere Grund dieser condictio immer der, dass das tatsächliche Vermögensverhältnis, wie es sich jetzt auf Seiten des Benachteiligten und des Bereicherten darstellt, als solches unmöglich weiter fortdauern kann, ohne gegen die Gebote der aequitas zu verstossen. Das Recht deckt also, wenn es eine condictio gewährt, diese Fideswidrigkeit des konkreten Falles auf, um uns so gleichzeitig das Wesen der Fideswidrigkeit erkennen und den Weg zur Ausbauung des objektiven Rechts nach den Grundsätzen der fides finden zu lassen. Es genügt nicht, dass nur beim Vorliegen einzelner eng begrenzter Tatbestände eine condictio zur Verhütung der Fideswidrigkeit gegeben werde, sondern das objektive Recht, insbesondere in Gestalt des Gewohnheitsrechtes, muss darauf bedacht sein, nach Analogie der in den Quellen aufgeführten Fälle, denen nur der Charakter wegweisender Beispiele zuzuerkennen ist, weitere Tatbestände zu formulieren, bei deren Vorliegen die aequitas eine condictio erheischt. Dieser Praxis des Gewohnheitsrechts wird immer Spielraum zu lassen sein; denn mag auch eine Rechtsordnung versuchen, alle Fälle aufzuzählen, in welchen eine Vermögensbereicherung als ungerechtfertigt rückgängig gemacht werden soll, so ist es doch kaum anzunehmen, dass ihr dies in erschöpfender Weise gelingen wird. „Wollen wir dem praktischen Leben nicht Gewalt antun, so werden wir auch die condictio als Bereicherungsklage neben den vom objektiven Recht ausdrücklich auf-

gezählten Fällen nicht entbehren können."[9] Dass aber gerade im römischen Rechte dem Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle eine grosse Bedeutung zukam, dürfte besonders seit Pernice kaum noch zweifelhaft sein.[10]

Erwähnen wollen wir, dass auch Pavlicek[11] der Meinung ist, die condictio habe nur da Platz, wo sie das Gesetz ausdrücklich anerkenne, und dass auch Lotmar[12] zu diesem u. E. falschen Resultate gelangt.

§ 13.

γ. Eine allgemeine Grundlag der condictio vorhanden.

Wir kommen jetzt zu denjenigen Juristen, die eine einheitliche Grundlage der condictio als Bereicherungsklage annehmen, ohne dass nun allerdings darüber unter ihnen Uebereinstimmung herrschte, welches diese allgemeine Grundlage sei.

Hierher ist die sog. Vindikationstheorie zu rechnen, deren hauptsächlichster Vertreter Savigny ist. Diese Theorie betrachtet die condictio als diejenige Klage, mit der wir den aus unserem Vermögen an einen anderen gelangten Vermögenswert zurückverlangen, „weil und wenn uns die Vindikation abhanden gekommen ist."[1] Ueberall, wo jemandem eine Sache zukommt und die vindicatio verloren gegangen ist, greift nachSavigny die condictio ein. Dies sei nicht nur beim Darlehen der Fall, sondern auch da, „wo wir dem andern Eigentum übertragen, nicht in der Absicht, ihm etwas anzu-

9. v. Koschembahr-Lyskowski, S. 26.

10. Vgl. z. B. Pernice „Zeitschrift der Savigny-Stiftung", XX 127 ff.

11. Pavlicek in seinen beiden im Literaturverzeichnis genannten Schriften.

12. Lotmar, „Ueber causa im römischen Recht".

1. Hesse, „Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts", S. 58.

vertrauen, sondern in einer anderen Absicht, die aber entweder gleich anfangs auf Irrtum beruht, oder hinterher ihren Grund, also ihre Wahrheit verliert, und in Irrtum übergeht (condictio indebiti, ob causam datorum, sine causa, ob injustam causam).“[2] Nach ihm ist der Irrtum im Beweggrunde das die condictio ob causam Erzeugende, welcher in diesem Falle ausnahmsweise rechtlich relevant ist. — Diese Vindikationstheorie ist in der Literatur ohne Erfolg geblieben, und zwar mit Recht. Denn es scheint uns deshalb als verfehlt, den einheitlichen Grund der condictio darin zu finden, dass sie ein Ersatz für die nicht mehr mögliche rei vindicatio sei, weil häufig eine condictio auch da gewährt wird, wo sie von Anfang an zuständig ist und nicht erst an Stelle der erloschenen Vindikation tritt, da nämlich ein Eigentumanspruch niemals vorlag. „Insbesondere aber konnten Beweisstellen dafür herangezogen werden, dass für die Zulässigkeit der condictio nicht die Eigentumsfrage, sondern lediglich die Natur des Geschäftes massgebend war. Im Falle der Rechtsunwirksamkeit stand die condictio nicht dem Eigentümer, sondern dem verletzten Kontrahenten zu, mochte er auch niemals Eigentumsrechte an dem Klagegegenstand gehabt haben.“[3] Mit Recht weist v. Mayr darauf hin, dass die Römer, wenn sie dem Eigentümer auch nach Verbrauch oder Veräusserung der Sache einen Anspruch auf die Herausgabe gegen den b. f. possessor hätten geben wollen, nur hätten zu bestimmen brauchen, dass die Vindikation auch nach Konsumtion auf Herausgabe wenigstens der noch vorhandenen Bereicherung gehe.[4] Da sie das nicht getan haben, kann

2. v. Savigny, System V, S. 521.

3. v. Mayr, „Die Condictionen“, S. 295.

4. Eine solche Bedeutung will ja Jacobi — allerdings mit Unrecht: vgl. § 6 d. A. — der rei vindicatio in der Tat geben.

man annehmen, dass sie, „die immer den einfachsten Weg wählten“,[5] das einheitliche Wesen der condictio jedenfalls nicht darin erblickt haben, dass sie zum Ersatze der verloren gegangenen rei vindicatio bestimmt sei.

Wenn also die Vindikationstheorie uns auch zu einem befriedigenden Resultate nicht zu führen vermag, so ist doch jedenfalls daran festzuhalten, dass es in römischen Recht eine allgemeine Bereicherungsklage gegeben hat, nicht allerdings in dem Sinne der condictio sine causa generalis, wie wir sie in § 4 d. A. dargelegt haben; sondern in dem Sinne, dass überall, wo jemand unrechtmässig auf Kosten eines anderen bereichert ist, die condictio eingreift. Die Kondiktionen leiten sich her aus dem Prinzip der aequitas, „die condictio erscheint — — — — — — als Rückforderung eines zu Unrecht innegehabten Gegenstandes. Ein objektiver Satz liegt ihr zu Grunde: es ist unbillig, ohne Befugnis fremdes Gut zu behalten.“[6] Wir werden nun im folgenden diese unsere Ansicht noch näher darzulegen haben.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat in der Hauptsache danach gestrebt, die einzelnen aus dem römischen Recht überkommenen Bereicherungsfälle auszubilden; darüber hat man die Frage nach dem allgemeinen Prinzip, auf dem diese einzelnen Fälle beruhen, vernachlässigt. Dieses allgemeine Prinzip wird zwar von vielen als nicht vorhanden bestritten, aber, wie unsere Ausführungen zu beweisen versuchten, ohne Erfolg. Es ist vorhanden; nur wird es sich darum handeln, es richtig festzustellen. Mit der Vindikationstheorie kommen wir nicht weiter; wenn wir das Problem lösen

---

5. Bolze im Archiv für civil. Pr., Bd. 79, S. 200 ff.
6. Pernice-Labeo, S. 219.

wollen, so werden wir vielmehr auf die bereits einmal erwähnten beiden Pandektenstellen in l. 66 D.12,6 und l. 1 § 3 D. 12,7 verweisen müssen,[7] deren Sinn im deutschen Recht durch das Rechtssprichwort „Unrecht Gut gedeihet nicht“ wiedergegeben wird.

Wie Pernice darlegt,[8] wird in den meisten Stellen, die sich mit Kondiktionen beschäftigen, keine bestimmte Knodiktionsfigur genannt, mit Ausnahme vielleicht der condictio indebiti, was aber mit der besonderen Entwickelung dieser Klagfigur im Zusammenhange steht. „Nur dadurch werden wir veranlasst, die einzelne Kondiktion bald dieser, bald jener Gruppe zuzuweisen, dass die Kompilatoren die Aeusserungen der Juristen unter einzelnen Ueberschriften geordnet haben. Aber das ist ziemlich willkürlich geschehen. — — — — — — Die klassischen Juristen unterscheiden bei der Darstellung nicht zwischen den Fällen: sie behandeln in ihren Büchern zu Sabin, zu Plautius usw. alle Figuren unter der gemeinschaftlichen Ueberschrift „de condictione“ ohne eigne Rubriken. — — — — — — Und sie haben sich trotzdem nicht gescheut, in solchen Fällen, die sich keiner ihrer Kondiktionsfiguren fügen wollen, auf eine Begründung durch allgemeine Billigkeitserwägungen zurückzugreifen,“ hiervon legen die beiden obengenannten leges Zeugnis ab. Diese ausserhalb der einzelnen Kondiktionsfiguren stehenden Fälle haben stets den Charakter „anorganischer Erweiterungen“ gehabt. Es wird wohl kaum ernstlich bestritten, dass die Klassiker in den Quellen keine erschöpfende Darstellung aller Kondiktionsfälle gegeben haben; so fehlt vor allem

---

7. l. 66, D. 12,6 lautet: quidquid apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit; l. 1, § 3, D. 12,7: constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam.

8. Pernice-Labeo, S. 215.

die Klasse derjenigen Kondiktionen gänzlich, die Platz greifen, wenn etwas aus dem Vermögen des Kondizenten ohne sein Wissen und Wollen in das des Bereicherten gelangt ist. „Da man nun nicht annehmen kann, dass die Römer eine derartige Lücke aus blossem systematischen Ungeschick offen liessen, so muss man zu dem Schluss kommen, dass sie bei der genauen Behandlung der einzelnen Erscheinungsformen nur die genaue Ergründung dieser Einzelfälle im Auge hatten.“[9] Wenn nun die Römer die letzteren nach dem Gesichtspunkte einteilen, ob die Bereicherung nur objektiv oder auch subjektiv widerrechtlich ist (man denke im ersteren Falle z. B. an die condictio indebiti oder condictio sine causa, im letzteren z. B. an die condictio furtiva), so ist, wie Plessen mit Recht sagt, diese Einteilung nur von geringer systematischer Durchbildung, was schon daraus erhellt, dass in die Gruppe der condictio sine causa alle die Fälle gehören sollen, die in einer anderen Kategorie nicht unterzubringen sind. Die Existenz dieser „verdächtigen Resterkategorie“ beweist, dass entweder eine genaue Klassifikation der Kondiktionen unmöglich oder die Einteilung noch nicht genügend fortgeschritten ist. „Schliesslich ist noch die Möglichkeit vorhanden, dass die Römer den Versuch nicht gemacht haben oder dass ihnen der Versuch nicht gelungen ist, das die ganze Kondiktionslehre beherrschende Prinzip aufzufinden — — — — — — Als Ersatz für das Prinzip diente ihnen die condictio sine causa, die Bereicherungsklage wegen mangelnden Rechtsgrundes.“ Aber auch die übrigen Kondiktionsfälle sind von den Römern deshalb aufgestellt worden, weil auch hier die Vermögensverschiebung ihnen grundlos erschien. Im weiteren Sinne sind alle erörterten Kondiktionen sine causa, da sie

9. Plessen, a. a. O. S. 9.

alle auf einem Erwerb ohne gehörigen Grund beruhen."[10] Diese allgemeine Grundlage wurde nur von den Römern nicht besonders betont, sie war aber auch ihnen bewusst. Wenn man sich dessen ungeachtet an die einzelnen von den klassischen Juristen aufgestellten Kondiktionstypen klammerte, jeden gemeinsamen Grund derselben ableugnete oder ihn zwar anerkannte, aber doch nur in den ausdrücklich angegebenen Fällen die condictio eingreifen lassen wollte, so hiess dass über der willkürlichen Klassifizierung der Kompilatoren den eigentlichen Willen und Sinn, den die klassischen Juristen in das Rechtsinstitut laut eigenem Zeugnis legen wollten, vergessen. Wir haben es zurückgewiesen, wenn man in irgend einer Form dem Willen der Parteien, sei es dem des Bereicherten, sei es dem des Kondizenten, für die condictio selber irgendwelche Bedeutung beimessen will.[11] Das Prinzip der condictio, für das die einzelnen Figuren nur Beispiele sind, möchten wir nach Obigem vielmehr dahin definieren: Der die condictio erzeugende Gedanke ist, dass es gegen die aequitas verstossen würde, sollte eine unrechtmässige Vermögensverschiebung bestehen bleiben. Diesen Zustand zu beseitigen, dient die condictio.

Wann ist aber die Vermögensverschiebung unrechtmässig? Die Quellen antworten darauf ganz allgemein: Immer, wenn sie der aequitas widerspricht. Damit haben wir eine klare Gedankenfolge: Die condictio dient

---

10. Dernburg „Pandekten", a. a. O. S. 386.

11. Auch Karlowa, a. a. O. S. 163 ff., können wir nicht zustimmen, wenn er ausführt, dass es sich zwar nicht um den Gegensatz zwischen wirklichem und eigentlichem Willen handle, sondern um den zwischen Gesamt- und Teilwillen. Die durch den Teilwillen geschaffene Lage wird nach den Grundsätzen des aequum et bonum beseitigt, weil sie dem Gesamtwillen nicht entspreche.

dazu, um einen Verstoss gegen die aequitas, und zwar eine ungerechtfertigte Bereicherung, zu beseitigen. Die condictio wird also durch die Verletzung der aequitas ins Leben gerufen. Pernice sagt[12] mit Recht, dass wir mehrere Stellen kennen, wo Sabin und Cassius die condictio aus nichts weiter als aus der „offensichtlichen Ungerechtigkeit der Inhabung" entstehen lassen. Die aequitas also ist die gemeinsame Grundlage der römischen condictio. Wir weichen demgemäss insofern von der herrschenden Absicht ab, dass wir die condictio objektiv mit dem Verstoss gegen die bona fides begründen, während die überwiegende Meinung die condictio in subjektiver Weise auf den Willen der Parteien zurückführt, und zwar entweder auf einen zwischen ihnen geschlossenen Vertrag oder in irgend einer Form auf den Willen des Konzidenten.

Dass die Römer sich damit begnügten, als allgemeine Grundlage eines so wichtigen Rechtsinstituts wie der condictio den vagen Begriff der Billigkeit anzunehmen, die Jung[13] mit Recht den „deus ex machina" nennt, zeigt, wie wenig Gewicht sie darauf legten, die gemeinsame Wurzel zu analysieren und ihr eine bestimmte Fassung zu geben. Wie schon angedeutet, musste sich dies notwendig aus dem Umstand ergeben, dass die Römer ihren ganzen Eifer darauf konzentrierten, die einzelnen Kondiktionsformen zur Blüte zu entfalten, und darüber der allgemeinen Basis wenig Beachtung schenkten. Mit Recht sagt Stammler:[14] „Mit dem blossen Verweisen auf Gerechtigkeit und Billigkeit, auf materielle Rechtfertigung oder innere Begründung, mit einem Worte: auf sachlich richtige Rechtsfolge ist es nicht getan. Das gewährt nur einen weiten und ob der

12. Vgl. darüber Pernice-Labeo, S. 218.
13. Jung, a. a. O. S. 23, 24.
14. Stammler, a. a. O. S. 5.

Ferne noch verschleierten Ausblick in eine zu durchforschende Gedankenreihe. Es ist damit blos die Absicht geäussert, in einer gewissen Richtung der Untersuchung sich Aufklärung zu verschaffen, wofür nun die Möglichkeit erst theoretisch genau zu entwerfen ist, um es dann möglichst gesichert ausführen zu können.“ Nun darf man sich aber wegen der mit Recht gerügten Unbestimmtheit des aequitas-Begriffes nicht verleiten lassen, zu sagen, diese könne eben wegen ihrer Inhaltlosigkeit nicht von den Römern als Grundlage der condictio betrachtet worden sein, sondern vielmehr nach anderen Erklärungen zu suchen, deren Konstruktion sich nicht aufrechterhalten lässt. Wenn Plessen sagt,[15] den Römern hätte als Ersatz für das Prinzip die condictio sine causa gedient, so ist das nicht richtig ausgedrückt. Gerade in der condictio sine causa, in der subdiären allgemeinen Bereicherungsklage, verkörperten sie das Prinzip, indem sie diese condictio jedesmal gewährten, wo eine Vermögensverschiebung der Billigkeit nicht entsprach. Wir müssen uns also für das römische Recht mit dem Begriffe des aequum et bonum abfinden. Das ist allerdings keine leichte Aufgabe. Wir müssen uns vor Augen halten, dass das römische Recht eine jahrhundertelange Entwickelungsreihe aufweist. Diese allmähliche, aber konsequente Entwickelung vom starren jus strictum hat viele Rechtsinstitute entstehen lassen, die den Zweck verfolgten, das Recht dem stetig fortschreitenden Billigkeitsgefühle immer mehr anzupassen. So wurde auch die condictio aus der aequitas geschaffen. Diese aequitas als entscheidenden Massstab behielt man in jeder Phase des Rechts vor Augen, indem man immer da die condictio, sei es in der Form der condictio indebiti, sei es in der der condictio ob causam da-

15. Plessen, a. a. O. S. 10.

torum oder der allgemeinen condictio sine causa etc. gewährte, wo es die Billigkeit erforderte. Es ist nun für die Wissenschaft eine schwere, aber nicht unlösbare Aufgabe, eine Erklärung über die Bedeutung der aequitas zu geben, wobei jedoch der Masstab nicht an die Zeit Justinians, an die Zeit der Schaffung des Corpus juris, wird anzulegen sein. Das, was Justinian kodifizierte, waren nicht selbstgeschaffene Rechtssätze sondern eine Kompilation von Juristenschriften und Kaiserkonstitutionen, deren Verfasser lange vor Justinian gelebt hatten; finden sich in den Digesten doch sogar drei vorklassische Juristen. Als alle diese Juristen ihre Rechtsregeln aufstellten, war das römische Recht in seiner Entwickelung noch nicht zum Abschluss gelangt; der Rechtszustand war noch kein stabiler, sondern noch ein labiler. Die produktive aequitas fand immer neue Fälle, in denen sie es für nötig hielt Wandlung zu schaffen; deshalb empfanden es die römischen Juristen vielleicht auch nicht wie wir als eine ungenügende, weil zu wenig sagende Erklärung, wenn sie als das für das Eingreifen der condictio allein entscheidende Moment die immer lebendige aequitas bezeichneten. Für sie hatte die aequitas einen grösseren Inhalt als für uns, die wir auf festem Rechtsboden stehen. Die Bedeutung der aequitas selber für die Zeitepoche der einzelnen Juristen, wie sie in den Pandekten zu Worte kommen, darzulegen, müssen wir uns hier versagen. Wir möchten hier nur auf die treffenden Ausführungen Jungs[16] über den Sinn des Wortes Billigkeit im allgemeinen verweisen. — Wenn v. Koschembahr[17] versucht, die einzelnen Fälle zusammenzustellen, in denen die Vermögensvermehrung eine ungerechtfertigte, d. h. gegen die ae-

16. Jung, a. a. O. S. 24, Anm. 48.
17. v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. S. 17 ff.

quitas verstossende ist, so wird das bei der Vielgestaltheit des Begriffs aequitas zur erschöpfenden Aufzählung nicht führen können. Dies gesteht v. Koschembahr selber zu:[18] „Es können sich aus der Praxis Fälle ergeben, wo die Vermögensvermehrung als ungerechtfertigte erscheint, obwohl sich die Unrechtmässigkeit nicht unter einen der angegebenen Gesichtspunkte bringen lässt.“ In solchen Versuchen spiegelt sich deutlich die Unbefriedigung wieder, für das römische Recht mit der unbestimmten aequitas als dem für das Eingreifen der condictio allein massgebenden Moment fürlieb nehmen zu müssen. An diesem Resultat lässt sich jedoch nichts ändern, da die Quellen selber diesen Begriff als entscheidend betrachten.

v. Koschembahr teilt diesen unseren Standpunkt nicht ganz. Auch er nimmt zwar an,[19] „dass die Vermögensvermehrung als solche den Rechtsgrund der condictio bildet,“ aber er meint doch, dass es sich hier „nicht blos um die Tatsache der Vermögensvermehrung handelt.“ Er definiert das Prinzip der Kondiktionen: „Ueberall, wo nach der Anschauung ehrlicher Leute eine aus einem bestimmten Rechtsgrunde erfolgte Vermögensvermehrung als unrechtmässig empfunden wird, überall da greift die condictio auf Rückgabe der unrechtmässigen Vermögensvermehrung ein.“ Er setzt also im Gegensatz zu uns noch voraus, dass ein Rechtsgrund für die Vermögensvermehrung vorliegt. Die Erwägungen, aus denen heraus v. Koschembahr zu diesem Resultat gelangt, sind u. a. folgende: „Hat der Bereicherte überhaupt kein Recht auf die Vermögensvermehrung, so muss ein anderer ein Recht auf jene Sache haben, welches er mit der entsprechenden Klage (z. B. rei

18. a. a. O. S. 219.

19. Vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, a. a. O. S. 11 ff.

vindicatio) geltendmachen kann. Also ein Rechtsgrund auf Seiten des Bereicherten wird für die mit der condictio zurückgeforderte Vermögensvermehrung stets gefordert.“ Demgegenüber bemerkt u. E. Plessen[20] mit Recht, es sei eine Voraussetzung des Bereicherungsanspruches, „dass gerade der Bereicherte kein Recht zum Behalten der Bereicherung hat, dass aber der Benachteiligte ein Recht auf ihre Herausgabe hat.“ Wenn v. Koschembahr ferner[21] für die condictio voraussetzt, dass der Vermögensvorteil aus einem Rechtsgrunde und zugleich unrechtmässig, d. h. ohne rechtlichen Grund, ist, so ist das ein nicht zu lösender Widerspruch. Denn eine Vermögensvermehrung, die keinen rechtlichen Grund hat, kann nicht einen rechtlichen Grund haben. Wir möchten aber auch behaupten, dass ein rechtlicher Grund für die Vermögensvermehrung eben gerade nicht vorliegen darf, denn sonst rechtfertigt sich die Vermögensverschiebung aus diesem Rechtsgrunde.[22]

20. Plessen, a. a. O. S. 40.

21. a. a. O. S. 21, 23.

22. Trotz dieser Modifikationen ist aber auch v. Koschembahr unserer Ansicht, dass es entschieden zurückzuweisen sei, dass man bei der condictio in irgendeiner Weise das Willensmoment zu berücksichtigen habe. Nach dieser Stellungnahme v. Koschenbahrs ist es uns geradezu unerfindlich, wie er die condictio ob causam finitam in l. 2, D. 12,7 begründet. Denn statt auch hier die condictio objektiv auf die aequitas, auf die Unrechtmässigkeit der Vermögenslage zurückzuführen, räumt er dem Willen der Parteien die grösste Bedeutung ein, legt er Gewicht auf die subjektive Willensrichtung des Gebers, mit welcher sich der Empfänger einverstanden erklärt habe. Er sagt (S. 134): „Eine Vereinbarung ist zwar zwischen den Parteien nicht ausdrücklich abgeschlossen worden. Aber sie ergibt sich doch aus den Umständen. Der Walker, welcher den Preis der verlorenen Gewänder ersetzt, will doch offenbar das Geld nur in der Annahme des Verlustes zahlen. Und in demselben Sinne nimmt der Empfänger das Geld. Das ist eine stillschweigende Abrede“. Wie v. Koschembahr diese Ausführungen mit seinem Grundsatz,

II. Die condictio des heutigen bürgerlichen Rechts.

§ 14.

1. Einleitendes.

„Der tiefe Gegensatz welchen die verbleibenden Bestimmungen zu dem früheren Recht erkennen lassen dürften, liegt darin, dass hier wenigstens der Versuch offenbar ist, zu allgemeinen, die mannigfaltige Fälle aller Bereicherungsklagen umfassenden Rechtsgedanken zu kommen, während das Bereicherungsrecht früher sich in kasuistisch ausgebildete Einzelinstitute auflöste.“[1] Diesen Fortschritt wies der erste Entwurf des BGB. noch nicht auf, er machte vielmehr den Fehler statt unter Voranstellung des Prinzips kasuistisch fünf getrennte Gruppen aufzuzählen. Diese unbefriedigende Regelung blieb denn auch von Seiten der Romanisten[2] wie der Germanisten[3] nicht ohne scharfen Widerspruch, welcher nicht erfolglos verhallte. Die zweite Kommis-

---

das subjektive Wollen der Parteien sei in keiner Weise bei der Begründung der condictio zu berücksichtigen, in Einklang bringen will, ist uns rätselhaft. Er argumentiert so: „dass der Eigentümer hier das Geld behält, nachdem die Kleider wiedergefunden sind, ist unbillig. Die Unbilligkeit folgt daraus, dass zwischen den Parteien ein Restitutionsvertrag abgeschlossen worden ist“. Das ist auf dem Umweg über die aequitas ein Rückschritt zur Vertragstheorie, den wir nicht mitmachen wollen. Denn ob der Vertrag unmittelbar seine Wirkung erkennbar macht, oder erst mittelbar, indem er den an und für sich schon nicht sehr vielsagenden Begriff „Billigkeit“ in Bewegung setzt, ist u. E. ziemlich unerheblich. Die condictio ist auch in l. 2, D. 12,7 einzig deshalb gegeben, weil nach dem Prinzip der aequitas der Eigentümer nicht Geld behalten darf, für dessen Inhabung ihm nach dem Finden der Kleider die Berechtigung fehlt.

1. Hartmann im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 21, S. 229.
2. Vgl. z. B. Lenel im Archiv für zivil. Pr., Bd. 74, S. 237/39.
3. Vgl. Gierke, „Entwurf eines BGB. und das Deutsche Recht“, S. 272 ff.

sion machte vielmehr „im Anschluss an das schweizerische Bundesgesetz Art. 70 die ergänzende Vorschrift des § 748 Abs. 1 zum allgemeinen Grundsatze. Die Vorschriften gewinnen hierdurch wesentlich an Uebersichtlichkeit und Klarheit.“[4] Es wurde deshalb ein allgemeiner Grundsatz in § 812 BGB. an die Spitze gestellt und folgendermassen formuliert: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.“ In den folgenden Bestimmungen werden alsdann noch einige besondere Bereicherungsfälle aufgeführt, wobei es sich teils darum handelte, Zweifeln zu begegnen ob hier ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben sei,[5] teils die einzelnen Kondiktionstypen des römischen Rechts näher zu entwickeln.[6]

Nun wird allerdings von manchen[7] bestritten, dass das BGB. in § 812 Abs. 1 ein allgemeines Prinzip der Bereicherungsklage aufgestellt hat, indem sie meinen, dass die Deutung des „ohne rechtlichen Grund“, des Schwerpunktes der ganzen modernen condictio, nicht von der Wissenschaft, sondern nur vom Gesetz gegeben werden könne, von letzterem aber verabsäumt sei. Bevor wir daran gehen, zu den verschiedenen Erklärungen, die das „ohne rechtlichen Grund“ gefunden hat, unsererseits Stellung zu nehmen, wollen wir kurz über die anderen drei Voraussetzungen sprechen, welche § 812

4. Protokolle, S. 684.
5. z. B. § 812 II.
6. §§ 813—15, 817.
7. Vor allem gehören hierher Hellwig, Kipp und Endemann, vgl. unten.

für die Gewährung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung aufstellt.

1. Der Beklagte muss „etwas erlangt" haben. „Worin das Erlangte bestehen müsse, sagt das Gesetzbuch nicht. Den Gegenstand einer Kondiktion kann alles bilden, was als Vermögenswert oder Vermögensbestandteil angesehen werden kann."[8][9] Auch in den Nichteintritt einer Vermögensverminderung wird man eine Bereicherung erblicken müssen.[10] Plessen hält die Fassung des Gesetzes für keine glückliche, wenn es auf das Wort „Erlangen" Gewicht legt. Denn das bedeute „dass etwas vorher in dem Vermögen das Bereicherten nicht Vorhandenes in dasselbe ohne rechtlichen Grund hineingekommen ist",[11] es müssten also „alle Bereicherungsfälle das unrechtmässige Erlangen eines Vermögengegenstandes zur Voraussetzung haben." Dies wäre aber nicht stets der Fall; denn es gäbe zahlreiche Fälle, wo die Bereicherung mit rechtlichem Grunde erlangt sei, aber trotzdem als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden könne; er denkt hierbei an die condictio ob causam finitam. Er möchte deshalb wie Hartmann[12] das Gesetz lieber dahin formulie-

---

8. Anger im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 7, S. 657.

9. Hierzu wird auch der im gemeinen Recht besonders bezeichnete Fall gehören, wo jemand ohne rechtlichen Grund den Besitz erlangt habe, sei es dass wir, wie z. B. Jung a. a. O. S. 45, Anm. 79 und Stammler a. a. O. S. 7, den Besitz als subjektives Recht, sei es dass wir ihn wie v. Mayr „Bereicherungsanspruch", S. 128, unter Berufung auf Oertmann als Tatsache oder wie von Savigny als Recht und als factum zugleich bezeichnen — über Savigny siehe Jung, S. 44, Anm. 79 —, auf jeden Fall ist der Besitz „ein mit erheblichen Rechtswirkungen bekleidetes ökonomisches Rechtsgut, das wertvolle Rechtspositionen gewährt".

10. In diesem Sinne auch Schollmeyer a. a. O. S. 102.

11. Plessen, a. a. O. S. 24 ff.

12. Hartmann, a. a. O. S. 232.

lieren: „Wer auf Kosten eines anderen etwas erlangt und ohne rechtlichen Grund hat, ist zur Ausgleichung verpflichtet."[13] Dieses Bedenken scheint uns durchaus gerechtfertigt, und wenn Reininghaus[14] es in der Hauptsache damit beseitigen zu können glaubt, dass er meint, die Bezeichnung „später Wegfall des Rechtsgrundes" könne nur die Bedeutung haben, „dass das Erkennen des Mangels des rechtlichen Grundes zu dem Zeitpunkte, in welchem die Bereicherung erlangt wurde, noch nicht möglich war", so ist das nicht richtig. Als Beispiel hierfür möchten wir l. 2 D. 12,7 anführen. Hier hatte die causa, als der Vermögensübergang geschah, durchaus keinen Mangel, die Verpflichtung des Wäschers bestand wirklich; der Eigentümer hat also die Bereicherung mit rechtlichem Grunde erlangt, dieser Grund ist später nur weggefallen. Gerade dieser Fall erbringt den Beweis dafür, dass jemand durchaus nicht ohne rechtlichen Grund erlangt zu haben braucht und doch der Kondiktion ausgesetzt sein kann.

2. Der Vermögensvorteil selber kann entweder „durch die Leistung eines anderen" oder „in sonstiger Weise" erlangt sein. Hieraus erhellt, dass es auf den Weg der Erlangung nicht ankommt. Leistung definiert Jung[15] dahin, sie sei „diejenige mit dem Willen des verlierenden Vermögeninhabers eintretende Rechtsveränderung, welche ihre Wirkung nicht erschöpfen soll in dieser Veränderung der absoluten Rechtslage, sondern welche ausserdem in den rechtlichen Beziehungen des Empfängers zu bestimmten anderen Personen eine bestimmte Wirkung hervorbringen soll." Eine Defini-

---

13. Hierauf weisen auch Behrend a. a. O. S. 37 und Pickert S. 7 hin.

14. Reininghaus, a. a. O. S. 11, 12.

15. Jung, a. a. O. S. 58.

tion desselben Sinnes gibt v. Mayr,[16] betrachtet also wie Jung die „Leistung" des § 812 vom Standpunkte des § 241 aus, wonach die kraft des Schuldverhältnisses dem Schuldner obliegende Leistung eine bestimmte Wirkung zwischen bestimmten Personen, nämlich das Erlöschen der Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner, hervorbringen soll. Dagegen rechnet Jung unter die Gruppe der „Bereicherung auf sonstige Weise" die Fälle, „bei denen der Rechtsverlust des Benachteiligten nicht durch einen rechtlichen Erwerb seitens des Bereicherten, sondern durch einen nun allerdings tatsächlichen Vorgang eintritt." Als Beispiele für diese „tatsächliche Aktion" (Anm. 81) führt er an: „wenn fremde Tiere Futter verzehren, wenn ich fremde Tiere mit meinem Futter füttere." Diese Definition der „Leistung" des § 812 scheint uns zu eng zu sein. Man muss berücksichtigen, dass es sich bei der „Leistung" des § 241 um ein Schuldverhältnis handelt, dessen Erlöschen durch die Leistung herbeigeführt werden soll; hier ist also der Leistung aus der Obligation heraus ein bestimmter auf die Tilgung des Schuldverhältnisses abzielender Zweck gegeben. Dieses Ziel braucht aber die „Leistung" des § 812 nicht notwendig in jedem Falle zu haben, man wird vielmehr mit ihr auch die blosse tatsächliche Hingabe bezeichnen dürfen, z. B. Zahlung einer fremden Schuld, Aufgabeerklärung eines Rechts an einem fremden Grundstück gegenüber dem Grundbuchamt.[17] Wir können also sagen, dass die mit dem Willen des Benachteiligten erfolgte Bereicherung als eine Bereicherung durch „Leistung", die ohne seinen Willen erfolgte als eine Bereicherung „in sonstiger Weise" anzusehen ist. — „In sonstiger Weise" kann die

16. v. Mayr, „Bereicherungsanspruch", S. 427.

17. Diese Beispiele führt auch Oertmann a. a. O. S. 912, 1 c α a=a, an.

Bereicherung derart erfolgen, dass entweder der Bereicherte selber oder ein Dritter durch seine Tätigkeit dieses Resultat herbeiführt oder dass Naturereignisse die Vermögensübertragung bewirken.

3. Die Bereicherung muss „auf Kosten" eines anderen stattgefunden haben; derselbe Umstand, durch den das Vermögen des für die condictio Passivlegitimierten bereichert ist, muss für dasjenige des Aktivlegitimierten eine Verringerung bewirkt haben. Im ersten Entwurfe des BGB. hiess es statt „auf Kosten" „aus dem Vermögen". Man nahm diese Aenderung deshalb vor, weil durch die neue Fassung auch diejenigen Fälle getroffen würden, „in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögensstand desselben berühre."[18] „Auf Kosten des anderen erlangt ist demnach mit anderen Worten nicht blos alles, was der vollen rechtlichen und tatsächlichen Herrschaft dieses anderen unterworfen ist, sondern schon alles, worauf diesem anderen ein rechtlicher Anspruch, eine rechtlich begründete Anwartschaft zusteht."[19] Ob demnach auch dem Besitzdiener (BGB. § 855)die condictio possessionis zuzusprechen ist, wenn ihm der Besitz ohne rechtlichen Grund verloren gegangen ist wird bestritten; v. Mayr[20] verneint es, Plessen[21] bejaht es u. E. mit Recht.

§ 15.

2. Was ist unter „ohne rechtlichen Grund" zu verstehen?

Das BGB. hat die Lösung des Problems seiner

18. Protokolle II, S. 685.
19. v. Mayr, „Bereicherungsanspruch", S. 197.
20. a. a. O. S. 157.
21. a. a. O. S. 36; vgl. hier die beweiskräftigen Gründe.

condictio (§ 812) in die Worte „ohne rechtlichen Grund" gelegt. Wir werden daher, wenn wir das Wesen der modernen condictio klarlegen wollen, die Bedeutung dieser Begriffsbestimmung zu interpretieren haben.

Es ist schon gesagt worden, dass manche Schriftsteller, wie dies ja auch für das römische Recht vielfach bestritten wurde, leugnen, dass das BGB. in § 812 Abs. 1 ein allgemeines Prinzip der Bereicherungsklagen enthalte. Hierher gehören, wie ebenfalls bereits erwähnt, besonders Kipp, Hellwig und Endemann. Auch sie geben zu, dass in dem Begriffe „ohne rechtlichen Grund" der Schwerpunkt der ganzen modernen condictio enthalten sei, „da der Mangel des Rechtsgrundes eine Bereicherung auf Kosten eines anderen erst zu einer rückforderbaren ungerechtfertigten Bereicherung macht."[1] Nun bemerken zwar die Motive:[2] „Der Mangel des rechtlichen Grundes ist aber auf verschiedene rechtlich relevante Umstände zurückzuführen, welche die Wirksamkeit der eingetretenen Rechts- und Vermögensänderung derart affizieren, dass deren Wiederaufhebung verlangt werden kann. Auf der Verschiedenheit jener Umstände beruht die im Entwurfe enthaltene Klassifizierung der Kondiktionen." Das vermag allerdings die Bedeutung des „ohne rechtlichen Grund" nicht zu erklären, und auch in den Protokollen zum zweiten Entwurf suchen wir vergebens eine Wesensdefinition. Hier setzen Kipp, Endemann und Hellwig ein; so sagt Kipp:[3] „In betreff der sonstigen Bereicherung bemerkt Hellwig mit Recht, dass § 812 BGB. keinen Rechtssatz enthält, aus welchem ohne Hinzukommen anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Anspruch auf die Bereicherung abgeleitet werden könnte. Denn die Frage, wann die Be-

1. Plessen, a. a. O. S. 17.
2. Motive, S. 829.
3. Windscheid-Kipp, a. a. O. S. 819.

reicherung ohne rechtlichen Grund ist, findet in § 812 keine Beantwortung.“ Hellwig[4] geht wie Kipp davon aus, dass § 812 überhaupt keinen Rechtssatz enthalte, aus dem ohne Hinzutritt anderer vom Gesetz gegebener Bestimmungen ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hergeleitet werden könne, weil das „Erlangen in sonstiger Weise ohne rechtlichen Grund“ zur Bestimmung des Grundes der Haftung und der Subjekte der Obligation nicht ausreiche, weil sich für diese Fälle nicht eine generelle Bestimmung aufstellen lasse, was unter Mangel des Rechtsgrundes zu verstehen sei.[5][6] Diesen Ausführungen erwidert Dernburg:[7] Wenn Hellwig annehme, dass BGB. § 812 keinen Rechtssatz enthalte, aus welchem ohne Hinzukommen anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Anspruch auf die Bereicherung abgeleitet werden könne, weil die Frage wann die Bereicherung ohne rechtlichen Grund sei, in § 812 keine Beantwortung finde, so sei diese Folgerung irrig. Daraus sei nur zu entnehmen, dass die Wissensachft zu ermitteln hat, wann im Sinne des BGB. der rechtliche Grund fehlt. Derselben Meinung wie Dernburg ist v. Mayr;[8] auch er hält es für die Aufgabe der Praxis und Wissenschaft, den Sinn und die Bedeutung des „ohne rechtlichen Grund“ zu bestimmen; er macht aber ferner geltend, man könne mit demselben Recht einen ähnlichen Vorwurf gegen § 823 erheben. „Denn die Widerrecht-

4. Hellwig, „Verträge auf Leistung an Dritte“, S. 135.

5. In demselben Sinne auch Endemann a. a. O. S. 895, Anm. 2.

6. Auf dem gleichen Standpunkt wie die drei Obengenannten stehen ferner Kuhlenbeck a. a. O. S. 345 ff., Haas a. a. O. S. 19, v. Koschembahr S. 19, Freund a. a. O. S. 1. Sie leugnen ebenfalls, dass der Begriff „ohne rechtlichen Grund“ eine einheitliche technische Bedeutung beanspruchen könne.

7. Dernburg, „Bürgerliches Recht“, II,2, S. 677, Anm. 9.

8. v. Mayr, „Bereicherungsanspruch“, S. 37.

lichkeit ist ebensowenig eine auf sich gestellte Voraussetzung wie die Bereicherung ohne rechtlichen Grund.“ Trotzdem sei es bisher noch nicht bezweifelt worden, dass diese Bestimmung allein einen Ersatzanspruch begründe. Obwohl die Ansicht Kipps, Endemanns, Hellwigs insofern viel für sich hat, als „ohne rechtlichen Grund“ in der Tat allein nichts besagt und erst durch den Hinzutritt anderer erklärender Bestimmungen ein fester Rechtsbegriff werden kann, so vermögen wir uns ihr doch nicht anzuschliessen. Wir möchten nicht so weit gehen zu sagen, dass diese erklärenden Bestimmungen nur das Gesetz geben könne, dass nicht gerade hier der Praxis und Wissenschaft ein weiter Spielraum gelassen sei, durch doktrinelle Interpretation jede Unklarheit zu beseitigen.[9] Der Text des Gesetzes braucht uns nicht ausdrücklich zu sagen, was rechtmässig und was unrechtmässig ist. Die gesamte Rechtsordnung ist vielmehr nach gewissen Grundanschauungen und Zweckbestimmungen dergestalt aufgebaut, dass man aus ihnen entnehmen kann, was das Gesetz seinem inneren Wesen nach unter „ohne rechtlichen Grund“ versteht. Wir haben schon mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass kein objektives Recht imstande sein kann, alle Fälle grundloser Vermögensverschiebung zu regeln; die Praxis wird immer neue Möglichkeiten gestalten.[10] Ist es doch auch nicht allein § 812, wo das Gesetz die Wissenschaft vor die Aufgabe einer oft recht schwierigen Definition stellt, indem es rechtserhebliche Begriffe nicht erklärt; mit Recht exemplifiziert v. Mayr dies an der Widerrechtlichkeit des § 823. Auch Stammler[11] pflichten wir bei, wenn er

9. In ähnlicher Weise auch Crome, a. a. O. S. 995, Anm. 3.

10. Derselben Ansicht auch Windscheid-Kipp II, S. 819 und v. Mayr, „Bereicherungsanspruch“, S. 435.

11. Stammler a. a. O. S. 3.

zur Widerlegung Hellwigs ausführt: „Würde BGB. 812 sich nur auf Inhalt und Umfang einer ungerechtfertigten Bereicherung beziehen, so gehörte es nicht in den besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, sondern es hätte die ganze Lehre neben die Fragen über Art und Grösse des Schadensersatzes, über Rechnungslegung, Offenbarungseid und dgl. zu stehen, bei denen das Gesetz die Voraussetzungen der darauf gerichteten Forderungen einem anderen Zusammenhange überlässt. In der Tat sagt BGB. 812 aber von Inhalt und Umfang der Bereicherung nichts, das beginnt erst mit 818. Jene erste Gesetzesbestimmung leitet den fraglichen Titel genau so ein, wie es in der Regel des 7. Abschnittes des dortigen Buches geschieht: Er sagt, dass unter gewissen Voraussetzungen ein demnächst noch näher zu bestimmender Anspruch entstehen solle. Die nähere Erkenntnis dieser Voraussetzungen hat die Gesetzgebung allerdings der Wissenschaft überlassen." Wie die Wissenschaft diese Aufgabe erfüllt hat, wollen wir im folgenden einer kritischen Betrachtung unterziehen.

Es bedarf nach dem von uns in § 13 d. A. dargelegten Standpunkte nur des Hinweises, dass wir uns unmöglich wie die Römer damit begnügen können, einfach mit dem Hinweis auf die Billigkeit den Mangel des Rechtsgrundes zu erklären.[12] Gewiss ist auch für das

12. Wenn, wie wir festgestellt haben, die Quellen als gemeinsame Grundlage der Kondiktionen die aequitas bezeichnen, so müssen wir uns mit diesem Resultat, auf dessen Feststellung es allein ankam, begnügen, mag es uns auch nicht bestimmt genug umgrenzt sein. Wir können höchstens das Wesen dieser aequitas zu erforschen suchen. Anders dagegen liegt es bei dem „ohne rechtlichen Grund" des BGB. Hier hat die wissenschaftliche Untersuchung freien Spielraum, die Bedeutung dieses durch keine gesetzliche Bestimmung festgelegten Begriffes zu erklären.

BGB. der Grundgedanke, aus dem heraus das Rechtsinstitut der „ungerechtfertigten Bereicherung“ geschaffen wurde, dass es nicht angeht, gewisse Vermögenslagen, so wie sie tatsächlich sich darbieten, bestehen zu lassen; aber weit entfernt, dass die Billigkeit das „ohne rechtlichen Grund“ zu erklären vermag, bedarf sie selber der Erklärung. Dieser Ansicht ist auch Stammler.[13] Er weist es ebenfalls von sich, den Mangel des rechtlichen Grundes mit der Billigkeit erklären zu wollen. An die Stelle des Gegensatzes: Billigkeit — Unbilligkeit setzt er die Antinomie: „technisch begrenzte Rechtsbestimmungen“ — „richtiges Recht.“ Unter ersteren versteht er die bestimmten Rechtssätze, welche das Recht im einzelnen formt und „als Regeln für kommende Fälle im voraus bereit stellt;“[14] unter „richtigem Recht“ dagegen will er das den Grundgedanken allen Rechts verkörpernde Prinzip verstanden wissen, „ein richtiges Zusammenleben zu erwirken.“ Um einen Widerstreit zwischen diesen beiden Begriffen handelt es sich nach ihm bei der condictio, „so dass ein von dem gesetzten Rechte zuerst anerkannter Anspruch nun doch wieder nicht zur Geltung und Verwirklichung gebracht zu werden vermag.“[15] Nach ihm bedeutet also der Mangel des Rechtsgrundes bei der Bereicherung, dass „die nach technisch geformtem Recht eingetretene Rechtsveränderung — — — — — — sich in ihrem sachlichen Bestand als richtiges Recht nicht behaupten“ lässt. „Um dieses festzustellen, dafür hat die Rechtsordnung abermals zwei Mittel und Wege zur Verfügung. Entweder versucht sie es, die hier nötige Reaktion wieder mit technisch geformten Rechte durchzuführen; das würden die einzelnen Fälle sein, die in unserem BGB. bald

13. a. a. O. S. 5.
14. a. a. O. S. 21.
15. Stammler, a. a. O. S. 24.

im 24. Titel der einzelnen Schuldverhältnisse, bald sonst in verschiedenen Teilen unserer Gesetze zerstreut sich finden. Oder aber die Gesetzgebung verweist Parteien, Berater, Urteiler darauf, selbst herauszufinden, was in einem besonderen Falle den Grundsätzen des richtigen Rechts entspricht. Und dieses hat das BGB. in 812 getan."[16]

Es will uns scheinen, dass Stammler mit anderen Worten dieselbe Lehre aufstellt, die er bekämpfen will. Denn es ist doch nur ein Unterschied in der Bezeichnung, ob man sagt, eine an sich rechtmässige Vermögensverschiebung werde rückgängig gemacht, weil die Billigkeit oder weil das richtige Recht es so fordere. Schliesslich ist das richtige Recht eben ein Inbegriff von Rücksichten, deren Beachtung für das erspriessliche Zusammenleben der Menschen die Billigkeit vorschreibt. Auch die Billigkeit verstehen wir in dem Sinn, dass sie die Härten der Rechtsordnung abzuschleifen bestimmt ist, um im Einzelfalle ein dem gerechten Empfinden mehr entsprechendes Rechtsresultat herbeizuführen. Das richtige Recht vermag daher ebensowenig wie die Billigkeit für die Erklärung des Mangels des rechtlichen Grundes zu genügen, weil es keine sichere Grundlage bietet.

Eine andere Gruppe von Juristen geht von folgender Betrachtung aus. Das BGB. lässt in der richtigen Erkenntnis, dass der Satz, niemand dürfe sich mit dem Schaden eines anderen bereichern, in dieser Allgemeinheit falsch sei, die Bereicherung grundsätzlich zu; es schreitet erst ein, wenn sie eine ungerechtfertigte ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes („durch die Leistung eines anderen") kann die Vermögensübertragung durch Hingabe auf Grund eines abstrakten Rechtsgeschäftes

16. Ebenda S. 31.

erfolgen. Der rechtliche Grund des Geschäftes liegt hier in der Absicht, welche die Parteien mit dieser Uebertragung verfolgten; diese Absicht bildet die rechtsgeschäftliche causa. Ist nun die Tatsache der Bereicherung durch den abstrakten dinglichen Uebertragungsakt rechtsgiltig ins Leben getreten, ohne dass aber die Zuwendung eine gültige oder überhaupt eine causa aufweist, so ist allerdings eine rechtlich gerechtfertigte Vermögenslage vorhanden, aber sie entbehrt des Rechtsgrundes, d. h. sie ist ohne rechtlichen Grund. In diesen Fällen scheint daher Lösung nicht schwer.

„Indes nicht in allen Fällen gibt es eine solche causa, und daher kann die obige Erklärung schon deshalb nicht befriedigen, da der Bereicherungsanspruch ein durchaus einheitlicher ist.“[17] Aus dieser Erwägung heraus sieht Hellwig[18] den Grund der Bereicherungsklage grundsätzlich einzig in einer Leistung des Klägers zu einem bestimmten Zwecke, welcher nicht erreicht wird; für die übrigen Fälle dagegen verzichtet er auf eine allgemein giltige Regel. Auch Kipp[19] sieht die Rückforderung einer Leistung als dann begründet an, „wenn die Leistung keine gültige Zwecksatzung hat“, d. h. wenn die causa fehlt oder wegfällt oder der bezweckte Erfolg nicht eintritt. Er leugnet ebenfalls, dass ein Bereicherunganspruch aus § 812 allein gegeben werde, falls die Bereicherung nicht durch Leistung, sondern „in sonstiger Weise eingetreten sei.

Einen ähnlichen Gedankengang weist Collatz[20] auf, der davon ausgeht, dass „alle Vermögensverschiebungen, die nicht Zuwendungen sind“, ungerechfertigt seien und deshalb den Empfänger zur Restitution verpflichten. Wir

17. Markuse, a. a. O. S. 12.
18. Hellwig, a. a. O. S. 135.
19. Kipp bei Windscheid a. a. O.
20. Collatz, a. a. O. S. 35.

können Collatz nicht zustimmen. Denn u. E. ist das rechtserhebliche Moment, welches die eingetretene Vermögensverschiebung als ohne Grund vorhanden erscheinen lässt, nicht in dem Nichtvorhandensein einer obligatorischen mit Willen des Gebers erfolgten Zuwendung zu suchen. Diese Obligation, durch welche die Leistung des Benachteiligten erzwungen werden konnte, mag bisweilen vorhanden sein, aber das Bestehen einer solchen Obligation ist nicht der rechtliche Grund der Leistung. „Handeln und um eines Zweckes willen handeln ist gleichbedeutend", sagt Jhering,[21] der Zweck einer Leistung richtet sich stets auf die Zukunft, und zwar geht er darauf, die Liberation von der Obligation herbeizuführen. Reininghaus sagt[22] mit Recht: „Das Bestehen der Verbindlichkeit ist nicht das Wesentliche der Leistung, sie ist nur der Grund, dass die Zweckvorstellung der Schuldentilgung entstehen konnte."

Von einem ähnlichen Gesichtspunkte geht auch Riess[23] aus, indem er betont, man müsse einen primären und einen sekundären Rechtsgrund unterscheiden. Unter dem ersteren versteht er den objektiven Tatbestand, an den das Gesetz Rechtsfolgen anknüpft, wozu er bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerbe subjektiver Rechte „die begleitenden Momente des primären Rechtsgrundes", d. h. den obligatorischen Vertrag, in den primären Rechtsgrund hineinziehen will. Der sekundäre Rechtsgrund dagegen sei die „sekundäre obligatorische Basis subjektiver Rechte". Riess weist alsdann an drei getrennten Gruppen den Mangel des Rechtsgrundes nach. Wir möchten hier nur bemerken, dass wir den gekünstelten Erklärungen von Riess uns nicht anschlies-

---

21. Jhering, „Der Zweck im Recht", S. 14.
22. a. a. O. S. 53.
23. Riess, a. a. O. S. 44, 55 ff.

sen, und im übrigen auf die treffliche Widerlegung verweisen, die er durch Reininghaus[24] erfahren hat.

Daus[25] will im Gegensatz zu Collatz und Riess nicht der Verpflichtung des Benachteiligten zur Leistung, zu welcher dieser kraft einer zwischen ihm und dem Bereicherten bestehenden Obligation dem letzteren verpflichtet war, die für den Anspruch aus § 812 massgebende Bedeutung beimessen, sondern einem Irrtum im Motiv.[26] Wenn er auch behauptet,[27] es sei „eine der wissenschaftlichen Untersuchung zufallende Aufgabe, die gesetzlich unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung vereinigten Ansprüche gruppenweise oder einzeln nach ihrer rechtlichen Natur zu bestimmen", so findet er doch für einen grossen Teil der Ansprüche aus 812 eine gemeinsame Grundlage, wenn er alle durch Leistung geschaffenen Kondiktionslagen auf einen Irrtum im Motiv zurückführt. Er behauptet nämlich, ohne aber seiner Auffassung von der Bedeutung des für die Entstehung des Anspruches relevanten Motivs die wünschenswerte Bestimmtheit zu geben, der Beweggrund habe in der Gestalt der causa bei einer Leistung die Bedeutung des rechtlichen Grundes. Diese Auffassung scheitert aber daran, dass Daus eben nicht zu erklären vermag, was denn dieses Motiv sei, welches, wenn ein Irrtum des Leistenden darüber obwaltet, für die Erzeugung des Bereicherungsanspruches massgebend sein soll.

In anderem Sinne äussert sich Dernburg.[28] Er glaubt, sich nicht damit begnügen zu können, für die Fälle, in denen die Bereicherung „auf sonstige Weise"

---

24. Reininghaus, a. a. O. S. 91 ff.
25. Daus, a. a. O. S. 5.
26. a. a. O. S. 128, 133.
27. a. a. O. S. 5.
28. Dernburg, „Bürgerliches Recht" II,2, S. 677.

stattgefunden hat, auf die Auffindung eines Prinzips für die Mangelhaftigkeit des Rechtsgrundes zu verzichten. Er geht nun davon aus, dass das Recht seine Regeln zum allgemeinen Nutzen der Gesellschaft bilde. Diese können aber, wenn auch im allgemeinen angemessen, gerade für das in Frage stehende Individuum hart und unbillig erscheinen, wenn man die Beziehung des Verlustträgers zu dem Bereicherten ins Auge fasse. Dies könne das Recht veranlassen, einen Anspruch auf Ausgleichung der Vermögensverschiebung zu geben, um, soweit tunlich, die Wunden zu heilen, welche es selbst geschlagen habe. Die Vermögensverschiebung entspreche in solchen Fällen Rechtsnormen, sei daher an und für sich eine rechtsmässige; sie sei aber in dem Sinne eine ungerechtfertigte, dass sie im Verhältnis des Bereicherten und des Verlustträgers als Unrecht erscheine. Nur in dieser Hinsicht sei sie ohne rechtlichen Grund. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Planck,[29] welcher in seinen einleitenden Worten zum 24. Titel sagt: „Eine Vermögensverschiebung kann sich in äusserlich giltiger Weise vollziehen, obschon innerlich kein gerechtfertigter Grund für dieselbe vorhanden ist.“ Gegen diese Erklärungsversuche wendet Jung[30] u. E. mit Recht ein, dass mit dieser Gegenüberstellung von „im allgemeinen“ und „im besonderen“ oder von „innerlich“ und „äusserlich“ zur Erklärung der Sache nicht erheblich beigetragen werde. Allerdings meint Jung nur: „nicht erheblich, dass in diesen mehr intuitiven Umschreibungen des Gedankens der ungerechtfertigen Vermögensverschiebung ein positiv fassbarer Gedanke nach Gestaltung drängt und zum Teil Ausdruck drängt, wird sich, wie ich hoffe, aus der vorliegen-

29. Planck, BGB.
30. a. a. O. S. 22.

den Untersuchung ergeben; — — — — — — darin nämlich, in dem Gegensatz der Bedeutung einer Veränderung für das absolute Recht und der Bedeutung desselben tatsächlichen Aktes für die relativen Beziehungen, liegt nämlich meines Erachtens allerdings der Kern der Sache."[31]

Damit kommen wir zu der von Jung, v. Mayr und Plessen vertretenen Auffassung, der sich übrigens auch Thayssen[32] angeschlossen hat und die wir ebenfalls, um es gleich vorwegzunehmen, als die richtige betrachten.

Jung, welcher sich in seiner Untersuchung der Einteilung des BGB. anschliesst, indem er zuerst die auf sonstige Weise (S. 26 ff.), dann die durch Leistung (S. 56 ff.) eingetretene grundlose Bereicherung betrachtet, definiert die causa bei einer Leistung auf folgende Weise:[33] „Causa oder rechtlicher Grund einer von dem bisherigen Inhaber des fraglichen Vermögenswertes vorgenommenen rechtlichen Veränderung ist die von ihm damit bezweckte Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen des Empfängers zu bestimmten Personen, regelmässig zu ihm selbst." Das Resultat, welches Jung aus seinen Untersuchungen findet, formuliert am übersichtlichsten Stammler[34] dahin: „Ungerechtfertigt ist eine auf Kosten eines anderen erlangte Bereicherung

1) einmal, wenn ihr eine rechtliche Bedeutung für die bestimmten Beteiligten überhaupt und von vornherein fehlt;

2) sodann, wenn die bezweckte obligatorische Einwirkung auf die relativen Beziehungen des Empfängers, regelmässig auf die zum Leistenden, ausgeblieben ist;

---

31. Jung, a. a. O. S. 23, Anm. 36.
32. Thayssen, a. a. O. S. 21.
33. Jung, a. a. O. S. 67.
34. Stammler, a. a. O. S. 13.

3) ferner in einer Reihe von einzelnen Fällen, in denen das Gesetz selbst im besonderen sagt, dass eine sachliche Unbegründetheit einer von Rechts wegen eingetretenen Bereicherung vorliege."

Dieser Definition macht Stammler zum Vorwurf,[35] dass damit der Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung im ganzen nicht erschöpfend und vollständig beschrieben werde. „Wenn man fragt: Was heisst eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund?, und es wird geantwortet: erstens, zweitens, drittens, — so hat man vielleicht fest beschriebene Anwendungsfälle jenes übergeordneten Begriffs angegeben; diesen letzteren selbst aber nicht in seinem sachlichen Gehalte einheitlich festgelegt." Der Berechtigung dieses Einwandes verschliesst sich Plessen nicht,[36] er meint aber, diese Dreiteilung Jungs sei auch vollkommen überflüssig, da es ja (wir haben darüber oben gesprochen) nicht auf die dreifache Art des Erlangens, sondern einzig auf das Haben der Bereicherung ankommt. Im übrigen gehen v. Mayr, Jung und Plessen von folgenden Erwägungen aus.

Eine Vermögensveränderung kommt am häufigsten so zustande, dass der Zuwendende dem anderen den Vermögensgegenstand übergibt, weil er infolge einer zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Bindung dazu verpflichtet ist. Der Vermögensübergang steht nach den Vorschriften der Rechtsordnung in der Regel dann unangreifbar fest, wenn sowohl das dingliche wie das ihm zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft fehlerlos ist. Diese beiden Voraussetzungen sind bei dem Erwerb eines Vermögenswertes „in sonstiger Weise" nicht erfüllt, z. B. bei Bereicherung

35. Ebenda S. 20.
36. Plessen, a. a. O. S. 46.

infolge Spezifikation. Denn hier ist weder ein gültiger dinglicher Uebereignungsakt noch das denselben rechtfertigende obligatorische Verhältnis, „die relativen Beziehungen," gegeben.[37] Dieselbe Erklärung bietet sich für die Fälle, wo das Behalten der Vermögenszuwendung nicht mehr gerechtfertigt ist, obwohl ihre Erlangung es war (§ 812,2). Hier werden die relativen Beziehungen zwischen den Parteien, welche die rechtlich richtig erfolgte Vermögensverschiebung als berechtigt rechtfertigen, nachträglich angegriffen und vernichtet. Während in den Fällen des § 812, 1 rechtlich gültige relative Beziehungen überhaupt niemals vorhanden waren, sind solche anfangs hier zwar gegeben, aber sie werden beseitigt. Daraus folgt, dass jede Vermögensverschiebung, mag sie absolut auch durch das objektive Recht gerechtfertigt sein, rückgängig gemacht wird, wenn sie sich nicht auf relative Beziehungen zwischen den Parteien stützt. „Darum ist der Bereicherungsanspruch ebenso begründet, wenn die Leistung nicht durch das Zuwendungsgeschäft zwischen den Parteien gerechtfertigt ist, wie dann, wenn die Bereicherung in sonstiger Weise nicht auf einer in der Beziehung der Parteien begründeten obligatorischen Grundlage beruht."[38]

Gegen diese durchaus befriedigende Theorie, die als erster Jung aufgestellt hat, wenden sich hauptsächlich Staffel und Stammler. Staffel,[39] der sich ebenfalls als Gegner der Windscheid'schen Voraussetzung be-

---

37. Dass der Spezifikant unter Umständen Eigentümer der Sache wird, kann daran nichts ändern; „Die Rechtsverschiebung ist durch das Gesetz bestimmt und somit gerechtfertigt, der Vermögensverschiebung aber fehlt es in jeder Beziehung an einer rechtlichen Grundlage". (Plessen.)

38. v. Mayr, „Bereicherungsanspruch", S. 429.

39. Staffel im Sächsischen Archiv, Bd. 13, S. 497 ff.

kennt, greift auf den Zweckbegriff zurück, von dem er allerdings selber sagt, der rein formale Zweckbegriff sei in seiner Allgemeinheit für das Rechtsgebiet nicht verwendbar.[40] Aber er liesse sich gefahrlos benutzen, wenn man sachliche Grenzen aufstelle. Dagegen spiele der Zweckgedanke in der Lehre von Jung und Collatz nur noch eine rein äusserliche Rolle.[41] Bei diesen sei es „bedeutungslos, dass der Zweck schliesslich fehlgeht. Die Kondiktion findet ihre Rechtfertigung nur in der rein objektiven Tatsache, dass es an einem Rechtsverhältnis mangelt, das die stattgefundene Vermögensverschiebung trägt.“ Staffel dagegen meint, man müsse „das der Verallgemeinerung zugängliche Element im Tatbestand der condictio indebiti nicht mit Jung und Collatz in dem Fehlen einer Verpflichtung, sondern man muss es in der Zweckvereitlung finden.“ Damit zieht Staffel zur Erklärung des Wesens der condictio wieder das subjektive Moment heran, das wir aus denselben oben ausführlich dargelegten Gründen für das BGB. wie für das römische Recht ablehnen müssen.

Zur Bekämpfung von Jung und Collatz beruft sich Staffel[42] hauptsächlich auf die Hingabe eines Vermögenswertes zur Begründung einer Darlehnsobligation. Sein Gedankengang ist folgender: Nach Jung und Collatz sei Rechtsgrund identisch mit Obligation, die die Vermögensverschiebung unter denjenigen, zwischen denen sie stattfinde, erst zur gerechtfertigten mache. Er sagt weiter, „wäre dies der grundlegende Gedanke, so könnten doch nur solche Zuwendungen als gerechtfertigt gelten, die in Erfüllung einer Obligation vorgenommen werden.“ Staffel stellt dieser Hingabe

40. a. a. O. S. 505.
41. a. a. O. S. 512, 513.
42. a. a. O. S. 511.

zwecks Erfüllung die Hingabe zwecks Begründung einer Obligation gegenüber und sagt ganz richtig, im letzten Falle erscheine „die Obligation nicht mehr in ihrer Rolle als Vermittlerin des Güteraustausches, wenigstens nicht für die Zuwendung, die die Obligation ins Leben rief.“ Das Durchschlagende dieser Beweisführung gegen die Jungsche Theorie vermögen wir nicht zu erkennen. Wenn Staffel meint: „Da, wo die Vermögensleistung, wie bei der Darlehnshingabe, der Begründung eines Schuldverhältnisses dient, ist jener Gedanke überhaupt nicht mehr vollziehbar,“ so möchten wir das bestreiten, indem wir Staffel die Frage entgegenhalten, wozu er überhaupt die ganze Unterscheidung in Hingabe zwecks Erfüllung und zwecks Begründung macht. Er kommt dazu, weil er dem Zweck der Leistung eine ihr nicht zukommende Bedeutung beimisst. Gerade die Hingabe eines Vermögenswertes zwecks Begründung einer Darlehnsobligation beweist, dass auch auf die Fälle der Hingabe zwecks Begründung, wenn man diese unnütze Unterscheidung schon machen will, die Jungsche Theorie durchaus passt. Gibt der A. z. B. dem B. 1000 M. als Darlehn, welche B. in der Meinung nimmt, sie seien ihm von A. geschenkt, so wird A. sicherlich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des B um 1000 M. haben, welche er zwecks Begründung einer Darlehnsobligation[31] hingegeben hat. Auch hier ist die Vermögensverschiebung absolut durch das objektive Recht gerechtfertigt, denn der abstrakte dingliche Uebereignungsakt ist giltig erfolgt; aber die Vermögensverschiebung findet keine Stütze in den ob-

---

43. Wir wollen dabei auf die verbreitete Lehre, dass auch Realkontrakte ohne vorangehende Willensübereinkunft der Parteien unmöglich seien, nicht eingehen. Ist dies richtig, so geschieht auch bei der Darlehnshingabe die Hingabe nicht zwecks Begründung, sondern zwecks Erfüllung der Darlehnsobligation

ligatorischen Beziehungen, die geknüpft werden sollten, aber nicht geknüpft sind. Aus diesem Mangel des relativen Verhältnisses leitet sich auch hier die Zuständigkeit der condictio her.

Auch Stammler greift die Jungsche Lehre heftig an. Ausser der oben bereits erwähnten Einwendung, die Plessen als berechtigt zugesteht, macht Stammler noch drei weitere Bedenken geltend.

Er sagt erstens:[44] „Jung meint, dass die condictio sine causa bei geschehener Leistung des jetzt Kondizierenden dann begründet sei, wenn die von ihm mit der Leistung bezweckte Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen des Empfängers zu bestimmten Personen ermangelt. Aber passt dies nicht auch auf die Fälle, in denen Rücktritt, Wandlung, Kündigung, Widerruf, Anfechtung, auflösende Bedingung in Frage kommen? — — — — Soviel ist sicher, dass auch bei ihnen das Misslingen des Leistungszwecks in der vorher berichteten Art begründend seine Rolle spielen kann. Wenn dem so ist, dann wird mit blosser Bezugnahme auf ihn der gesetzgeberische Gedanke, der zur Aufstellung der Bereicherungsansprüche geführt hat, nicht genügend gekennzeichnet." Damit stellt Stammler die Behauptung auf, dass die Lehre Jungs den Bereicherungsanspruch nicht scharf genug von anderen, den namentlich aufgezählten Rechtsinstituten, abgrenzt. Gegen diesen Einwand führt Plessen, der die Theorie Jungs verteidigt, aus, es sei zwar richtig, dass bei den von Stammler aufgezählten Rechtsinstituten „das Misslingen des Leistungszwecks, oder anders ausgedrückt, die mangelnden relativen Beziehungen eine hervorragende anspruchbegründende Rolle spielen können." Aber Plessen legt in glücklicher Weise an Beispielen dar, dass,

44. Stammler, a. a. O. S. 14, 15.

wenn der Mangel der relativen Beziehungen für die Begründung dieser Rechtsinstitute massgebend sei, es sich immer um einen Bereicherungstatbestand handelt, aus welchem ein Anspruch aus der „ungerechtfertigten Bereicherung" entspringt. Daneben bleibt der aus dem betreffenden Rechtsinstitute sich ergebende Anspruch bestehen.[45] Es ist also gerade und nur dem Kondiktionstatbestand der Mangel der relativen Beziehungen eigentümlich. Reininghaus steht ebenfalls auf dem Boden der Jungschen Theorie, auch er sucht den von Stammler dagegen erhobenen, eben besprochenen Vorwurf zu entkräften, geht aber dabei u. E. von einem falschen Gesichtspunkte aus.[46] Er sagt, weder Stammler noch Plessen hätten den Unterschied „zwischen dem für die Bereicherungsansprüche massgebenden und jenem in den von Stammler angeführten Fällen hervortretenden Nichteintritt von Leistungszwecken" erkannt; dieser Unterschied bestehe darin, „dass im ersten Falle eben überhaupt keine Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen des Empfängers eingetreten ist, in den Fällen Stammlers dagegen gerade wegen der erfolgten Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen des Empfängers mit Rücksicht auf einen weiteren Willen der Parteien die Leistung zurückverlangt werden kann." Wir stimmen dem zweiten Teil dieses Satzes durchaus zu; denn in der Tat findet z. B. bei der Uebergabe einer verkauften Sache eine Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen der Kontrahenten statt, indem die Parteien sich bei der Leistung bewusst sind, durch diese eine Verbindlichkeit des Verkäufers zum Erlöschen zu bringen; stellt sich nun später ein Mangel der Sache heraus, für welchen der Verkäufer verhaftet ist, so kann hier dadurch, dass der

45. Vgl. Plessen, a. a. O. S. 52 54.
46. a. a. O. S. 86 ff.

Käufer seinen weiteren Willen in der Richtung der Wandlung geltendmacht, die Sache zurückgefordert werden. Dagegen halten wir den ersten Teil des von Reininghaus aufgestellten Satzes nicht für richtig, der besagte, bei den Bereicherungsansprüchen habe nie eine Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen des Empfängers stattgefunden, „sei es, dass der Nichteintritt sofort erkennbar war oder wie bei der Anfechtbarkeit des Vertrages, bei Nichtbestehen des ersetzten vermeintlichen Schadens, später erkennbar wurde".[47] Reininghaus übersieht hier den Fall, dass jemand auf Grund einer vollgiltigen causa leistet, um auf die zwischen ihm und dem Empfänger vorhandenen relativen Beziehungen eine bestimmte Wirkung, nämlich seine Schuldbefreiung, hervorzubringen. Durch einen nach der Leistung eintretenden Umstand werden nun diese relativen Beziehungen hinfällig gemacht; wir möchten hier wieder auf die schon öfter zitierte l. 2 D. 12,7 als Beispiel hinweisen, wo durch die dem Wäscher in der Tat obliegende Erfüllung der wirklich vorhandenen Schuld eine bestimmte Wirkung, die Verpflichtungsliberation, auf die relativen Beziehungen ausgeübt wurde; wenn diese letzteren nun auch später weggefallen sind, so ändert das daran nichts, dass sie zur Zeit der Leistung vorhanden waren und dass durch die Hingabe des Geldes in ganz bestimmter Weise auf sie eingewirkt worden ist.

Stammler macht ausser dem besprochenen Einwand noch zwei weitere geltend, die wir aber ebenso wenig wie den ersten als berechtigt anerkennen können.

Er führt nämlich zweitens aus, die §§ 814, 815 BGB. seien mit der von Jung gegebenen Erklärung nicht in Einklang zu bringen. Er sagt, in § 814 sei eine „bezweckte obligatorische Einwirkung"[48] nicht vorhanden,

47. Reininghaus, a. a. O. S. 89.
48. Jung, a. a. O. S. 68.

„denn eine Schuld, die getilgt werden sollte, bestand ja als klagbare Rechtsverbindlichkeit garnicht. Obgleich aber jene bezweckte Einwirkung fehlt, so wird doch von dem Gesetze eine justa causa als vorhanden angenommen, so dass der letztere Begriff, der, wie bemerkt, zu deutsch jetzt rechtlicher Grund heisst, mit der bezweckten Einwirkung nicht ohne weiteres übereinstimmt.“[49] In ähnlicher Weise führt er denselben Gedanken hinsichtlich des § 815 durch. Diese Bedenken halten wir nicht für gerechtfertigt, weil, wie auch Plessen betont, die Rückforderung wegen Mangels eines Rechtsgrundes, welcher als solcher offensichtlich nicht im Betracht gezogen wurde, nicht gestattet werden kann. Die relativen Beziehungen fehlen zwar in § 814, aber der Leistende hat auf ihr Vorhandensein keinerlei Gewicht gelegt, da er wusste, dass sie nicht vorhanden waren, und doch leistete. Aehnlich liegt es in § 815.

Wenn Stammler drittens, um zu beweisen, dass Jung das „ohne rechtlichen Grund“ des BGB. 812 falsch verstehe, das römische Recht zum Beweise heranzieht, so glauben wir, dass eine solche Beweisführung nicht berechtigt ist. Die ungerechtfertigte Bereicherung des BGB. und die condictio des römischen Rechts haben beide als innersten Enstehungsgrund die Billigkeit gemeinsam, sie gehen auch beide darauf, eine Bereicherung unter gewissen Voraussetzungen rückgängig zu machen. Müssen nun aber diese Voraussetzungen gleich sein? Schliesslich handelt es sich doch um die Rechtsinstitute zweier verschiedener Rechte. Mag auch die Wurzel beiden Instituten gemeinsam sein und mögen die Gesetzgeber des BGB. auch beabsichtigt haben, den Gedanken des römischen Rechts nur weiter durchzubilden und genauer zu umgrenzen, so wird es doch im-

49. Stammler, a. a. O. S. 15, 16.

mer nur gestattet sein, Parallelen zwischen der condictio und der ungerechtfertigten Bereicherung zu ziehen; auf jeden Fall aber ist es unzulässig, mit einem für die römische condictio massgebenden Rechtssatz etwas für die Ansprüche aus BGB. 812 ff. beweisen zu wollen.

C. Schluss.

§ 16.

Ist die condictio im römischen wie im heutigen bürgerlichen Rechte subsidiär?

Fast alle, sowohl älteren wie neueren Juristen haben bei ihrer Untersuchung des Wesens der condictio die Frage nach ihrer Subsidiarität im Verhältnis zu anderen Ansprüchen erörtert, da jene Frage mit dem Wesen dieses Rechtsinstituts in der Tat in engem Zusammenhange steht. Auch wir wollen daher diese Abhandlung nicht schliessen, ohne zu jenem Punkte Stellung genommen zu haben.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft hat vielfach gelehrt, dass die condictio in der Weise subsidiär sei, dass sie nicht gewährt werden dürfe, solange der Benachteiligte die Sache noch vindizieren könne. Wir haben das des öfteren hervorgehoben und betont, dass u. E. in der Tat die condictio unzulässig ist, solange noch die Möglichkeit der rei vindicatio offen steht. Nur möchten wir alsdann nicht von Subsidiarität sprechen. Die condictio setzt voraus, dass sich zwei Vermögensmassen auf irgendeine Weise so verschoben haben, dass

die eine ohne rechtlichen Grund um das vermehrt ist, um was die andere unbilligerweise vermindert worden ist. Die Tatsache eines definitiv derartig herbeigeführten Vermögenszustandes wird also als Bedingung gesetzt, damit die condictio überhaupt zur Anwendung gelangen kann. Kann nun aber der Benachteiligte noch den Vindikationsanspruch geltendmachen, ist er also noch Eigentümer, so ist ein dem Kondiktionstatbestand entsprechender Vermögenszustand noch garnicht herbeigeführt, das Vermögen des einen ist noch nicht bereichert, das des anderen noch nicht verringert worden. Man wird deshalb nicht sagen dürfen, die condictio sei der rei vindicatio gegenüber subsidiär; sondern man wird sagen müssen, dass sie, solange die Vindikation möglich ist, überhaupt wegen Mangels ihrer Voraussetzungen nicht gegeben ist.

Die neuere Wissenschaft nun nimmt im allgemeinen eine Subsidiarität der condictio in dem Sinne nicht an, dass diese Klage, wenn ihre Voraussetzungen gegeben seien, mit einer anderen Klage nicht konkurrieren könne. Es wird jedoch in der neueren Literatur vielfach, und zwar besonders von v. Mayr,[1] behauptet, dass, solange andere Ansprüche vorhanden seien, hierdurch das Entstehen der condictio verhindert würde, so dass diesen sonstigen Ansprüchen gegenüber die condictio nicht subsidiär sei und sein könne, weil sie den vorausgesetzten Tatbestand der condictio und damit diese selber nicht haben zur Entstehung kommen lassen.[2] So sagt v. Mayr:[3] „Solange nun ein Geschäftsanspruch

1. v. Mayr, „Bereicherungsanspruch", S. 356.

2. Alle diese Betrachtungen gelten ebenso wohl wie für das römische Recht auch für das BGB., das in betreff einer Subsidiarität seiner condictio keine Entscheidung trifft und die Beantwortung dieser Frage der Wissenschaft überlässt.

3. a. a. O. S. 358.

zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten besteht, lässt sich nicht behaupten, dass der Verpflichtete auf Kosten des Berechtigten bereichert sei. Denn dieser ist kraft seines Anspruches in der Lage, dem Verpflichteten diese scheinbare Bereicherung jeden Augenblick zu entziehen. Sie befindet sich mit anderen Worten bereits in der Form des Anspruchs im Vermögen des Berechtigten." Die Richtigkeit dieses Ergebnisses für das römische Recht wie für das BGB. möchten wir bestreiten. Denn es steht z. B. in direkten Gegensatz zu der l. 2 D. 12,7, wo Cassius und Ulpian dem fullo sowohl die condictio wie die actio conducti zusprechen und damit dartun, dass das Bestehen der Geschäftsklage die Entstehung der condictio nicht zu hindern vermag. Mit Recht sagt Stammler:[4] „Nach unserer Ansicht muss das (dass die Bereicherungsansprüche blos subsidiär seien) verneint werden. Nach gemeinem Rechte war das eigenartige Entstehen der Kondiktionen wegen ungerechtfertigter Bereicherung neben Kontrakts- und sonstigen Ansprüchen schon wegen D. 12, 7, 2[5] und anderen unterstützenden Stellen mit Grund garnicht zu bezweifeln; aber auch für die Bereicherungsansprüche nach dem BGB. verhält es sich nicht anders. Sie stehen ohne äussere Beschränkung neben allen sonst möglichen Ansprüchen. Ihre Voraussetzungen sind jeweils für sich zu prüfen und selbständig festzustellen; für ein Zurücktreten bis zu dem Zeitpunkte, da konstatiert ist, dass kein Anspruch auf ungefähr dasselbe begründet sei (so Senff. Arch. XXXV, 194; richtig das. LI, 206), liegt nicht der geringste Grund vor." Im übrigen erscheint uns auch v. Mayrs Behauptung, dass bei Vorliegen eines Geschäftsanspruches die Bereicherung sich

4. Stammler, a. a. O. S. 37.

5. Wir haben oben ebenfalls bereits auf diese Stelle hingewiesen.

eben in Form dieses Anspruches bereits im Vermögen des Berechtigten befände und deshalb die für die Gewährung der condictio unerlässliche Voraussetzung der Bereicherung auf Kosten des Berechtigten nicht gegeben sei, nicht haltbar. Denn es ist doch etwas ganz anderes, ob eine Sache sich bereits in meinem Vermögen tatsächlich befindet oder ob ich nur einen dahingehenden Anspruch habe. Man braucht nur daran zu denken, dass, wenn der Berechtigte sich bereits des Besitzes der Sache erfreute, er in jedem Augenblick, und zwar in dem seiner Meinung nach günstigsten, über die Sache verfügen könnte; wenn er dagegen nur einen Anspruch auf die Sache hat, ist eine solche Verfügung häufig ausgeschlossen, zumal es überhaupt noch zweifelhaft ist, ob er mit Hilfe des Anspruches die Sache jemals zu erlangen vermag, und sich nicht herausstellt, dass sein Anspruch wertlos ist.

Wir müssen also daran festhalten, dass weder im römischen noch im heutigen bürgerlichen Recht von einer Subsidiarität der condictio gesprochen werden kann.

Inhaltsübersicht.

A. Vorwort. Ueber das System dieser Abhandlung . § 1.
B. Abhandlung.
I. Das Wesen der condictio im römischen Recht.
1. Einleitendes.
a. Die geschichtliche Entwickelung der condictio § 2
b. Condictio und Eigentumsübergang . . . . . § 3
c. Condictio sine causa generalis und specialis . § 4.
2. Die condictio als Bereicherungsklage.
a. Begriff der Bereicherung . . . . . § 5.
b. Die Gegner der condictio als Bereicherungsklage.
α. Insbesondere die Theorie Jacobis . . . . § 6.
β. Weitere Theorien . . . . . § 7.
c. Die Anhänger der condictio als Bereicherungsklage.
α. Keine allgemeine Grundlage der condictio.
aa. Die Vertrags- und Quasivertragstheorie. § 8.
bb. Windscheids Voraussetzungstheorie . . § 9.
cc. Wendts Reurechtstheorie . . . . . § 10.
dd. Weitere Theorien . . . . . § 11.
β. Eine condictio nur in den vom objektiven Recht anerkannten Fällen gegeben . . . . § 12.
γ. Eine allgemeine Grundlage der condictio vorhanden . . . . . § 13.
II. Die condictio des heutigen bürgerlichen Rechts.
1. Einleitendes . . . . . § 14.
2. Was ist unter „ohne rechtlichen Grund“ zu verstehen? § 15.
C. Schluss. Ist die condictio des römischen wie des heutigen bürgerlichen Rechtes subsidiär? . . . . . § 16.